المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية

تاليف

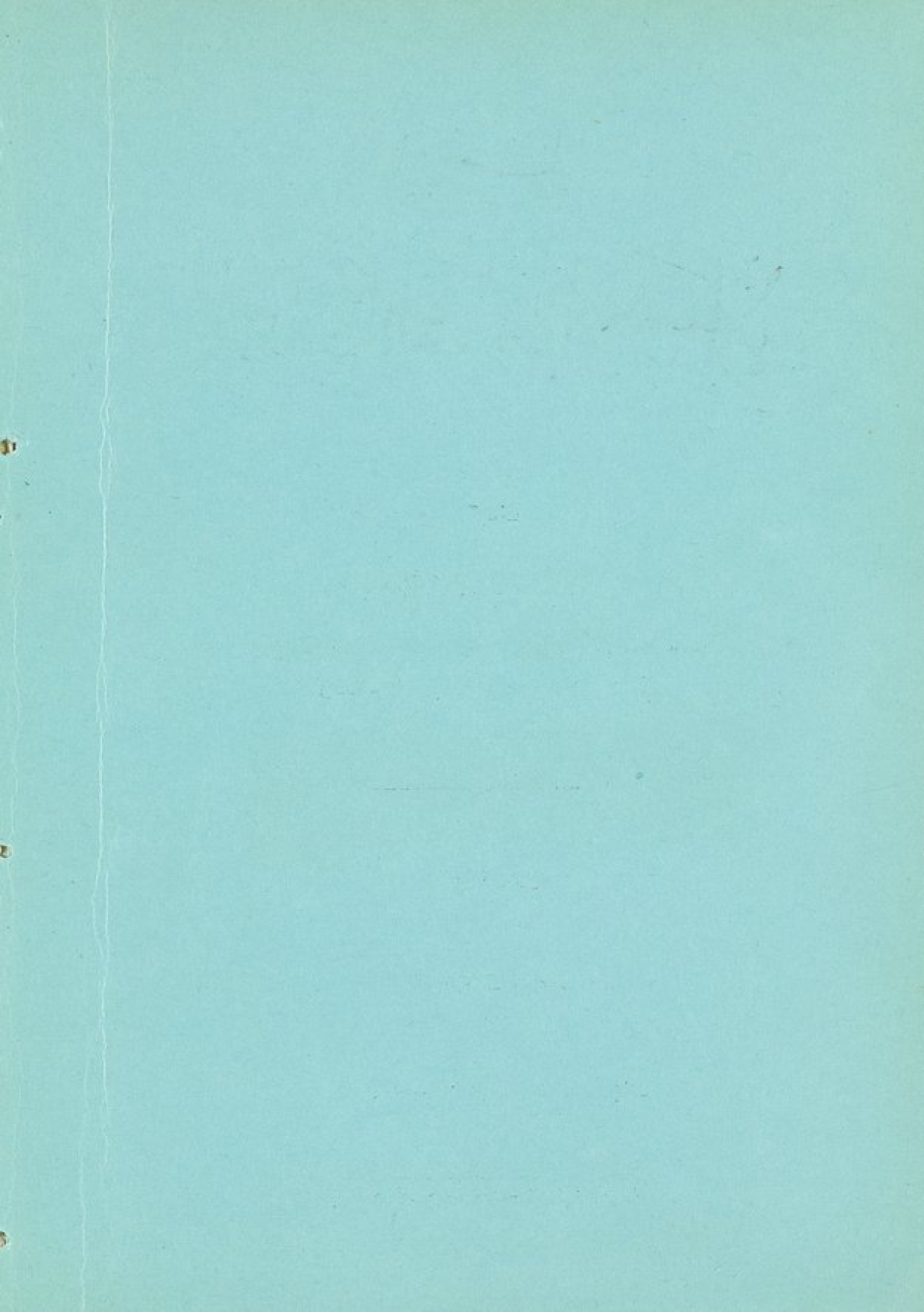
الدكتور عبد الكريم زيدان

مدرس الشريعة الاسلامية بكلية الحقوق بجامعة بغداد
ومحاضر في كلية الشريعة وجامعة الشعب

الطبعة الاولى

١٣٨٣هـ - ١٩٦٤م

المطبعة العربية – بغداد – تلفون : ٨٧٣٥٤



المدخل

لدراسة الشريعة الاسلامية

تأليف

الدكتور عبد الكريم زيدان

مدرس الشريعة الاسلامية بكلية الحقوق بجامعة بغداد
ومحاضر في كلية الشريعة

الطبعة الاولى

١٣٨٣هـ - ١٩٦٤م

المطبعة العربية ــ بغداد ــ تلفون : ٨٧٣٥٤

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وبعد :

فهذه مذكرات في مادة « المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية » لطلبة الصف الاول بكلية الحقوق بجامعة بغداد ، وقد حرصت أن تكون كافية لاعطائهم فكرة عامة واضحة عن الشريعة الاسلامية وخصائصها ومبادئها ومصادر الاحكام فيها وبعض النظم القانونية التي جاءت بها الى غير ذلك من الابحاث التي تساعد على تكوين ملكة فقهية عند الطالب تعينه على تفهم أحكام الشريعة الاسلامية وما خلفه فقهاؤنا العظام من ثروة فقهية عظيمة . وقد جعلت هذه المذكرات وسطا بين الاختصار المخل والاسهاب الممل ، وخير الامور أوسطها ... واني لارجو أن أكون بهذا العمل البسيط المتواضع قد سهلت على طلبتنا الاعزاء سبيل تفهم الشريعة الاسلامية ، شريعة الله ، سائلا المولى عزوجل أن يوفقني واياهم الى خدمة شريعته واعلاء كلمته انه سميع للدعاء مجيب .

المؤلف

بغداد في ٤ جمادى الثانية ١٣٨٣هـ

٢٠ تشرين أول ١٩٦٣م

المقدمــــة

١ ـ الاجتماع الانساني ضروري كما يقول العلامة ابن خلدون في مقدمته[١] وهو ما يعبر عنه الحكماء بقولهم : الانسان مدني بالطبع أي لا بد له من الاجتماع والعيش مع بني جنسه • وما ذهب اليه ابن خلدون هـو الحق ويؤيده الواقع • فالانسان يولد في المجتمع ولا يعيش الا فيـه[٢] ، وتصور انسان خارج المجتمع ضرب من ضروب الوهم والخيال لا حقيقـة له في الخارج •

وهذا العيش المشترك لا بد أن تنشأ عنه معاملات وعلاقات فيما بين الافراد وما ينتج عن ذلك من منازعات • كما أن الفرد في المجتمع لا يمكنه أن يتمتع بحرية مطلقة لان ذلك يتعارض مع حريات الاخرين ويؤدي الى خصام مستمر لا يكون من ورائه الا فناء المجتمع • ولهذا كله كان لا بـد من قواعد تحد من هذه الحريت المطلقة وتنظم تلك العلاقات حتى يستطيع كل فرد أن يعيش بأمان ويتهيأ للمجتمع سبيل البقاء والاستقرار • وهـذه القواعد هي القانون • فالقانون ضروري للمجتمع كما أن المجتمع ضروري للانسان ، ولهذا لم يخل مجتمع ، في الماضي والحاضر ، من قواعد تحكم علاقات الافراد فيما بينهم وعلاقاتهم مع المجتمع وتحدد حقوقهم وواجباتهم ومدى حرياتهم على نحو ما •

٢ ـ والقانون قد يكون على شكل عادات وتقاليد وأعراف يخضع لها الجميع وقد يكون على شكل أمر ونهي يصدره شخص مطاع كرئيس قبيلة

---

(١) مقدمة ابن خلدون ص ٤١ •

(٢) اصول القانون للدكتور السنهوري ص ١٥ •

أو ملك ، وقد يكون على شكل قواعد وأوامر تصدرها هيئة خولها المجتمع حق اصدار القانون . وهذا النوع من القانون ، بمختلف أشكاله ، مصدره البشر ، فهو قانون وضعي . وهناك قوانين لا يكون مصدرها البشر ، بل خالق البشر وهذه هي الشرائع الالهية أو السماوية . وقد عرف البشر هذين النوعين من الشرائع : الشرائع الوضعية وهي من وضع الانسان وصنعه ، والشرائع السماوية وهي من صنع الله ووحيه .

٣ ـ والاساس في تبرير انزال الشرائع السماوية يقوم على فكرة (الخالقية) . فالكون وما فيه ومن فيه مخلوق لخالق عظيم هو الله تعالى . ومن لوازم حكمة الله ورحمته وربوبته أن يهيء لكل مخلوق ما يحتاج اليه ويلائم طبيعته ويصلح حاله ويحقق الغرض الذي خلق من أجله. والانسان ـ وهو المخلوق الممتاز ـ يحتاج الى هداية من خالقه وتعريف بعلاقته بالكون وبالغرض الذي من أجله خلق ، وبيان معالم السير في الحياة وقواعد السلوك في المجتمع . وحكمة الله تأبى أن يترك الانسان سدى بلا ارشاد لطريق الحق ولا بيان لقواعد السلوك . ومن ظن ذلك فهو على خطأ عظيم ، قال تعالى : « أيحسب الانسان أن يترك سدى »[١] ، أي لا يؤمر ولا ينهى كما قال الشافعي وغيره[٢] وما الامر والنهي الا بيان مناهج السلوك في الحياة وقواعد التنظيم لشؤون الانسان المختلفة ، وهذا هو القانون .

٤ ـ وقد ختمت الشرائع السماوية بالشريعة الاسلامية التي أنزلها الله على رسوله محمد (ص) وبلغها للناس ، وجاءت أحكامها وقواعدها شاملة لجميع نواحي الحياة ومنظمة لجميع العلاقات ، سواء أكانت هذه العلاقات بين الفرد وربه أم بين الفرد والفرد أم بين الفرد والجماعة أم بين الجماعة والجماعة ، فهي بحق دين ودولة .

٥ ـ وقد كان لهذه الشريعة السيادة القانونية المطلقة في المجتمع

---

(١) سورة القيامة ج ٢٩ الآية ٣٦ .

(٢) تفسير ابن كثير ج ١ ص ٤٤٧ .

الاسلامي ، فقامت الدولة على أساسها ، ونظمت شؤون المجتمع على مقتضى أصولها وقواعدها ، وتحددت حقوق الافراد وواجباتهم بموجب أحكامها وأنظمتها ، ولم يخرج عن حكمها أي شأن من شؤون الحياة • وقد سعد الناس بها ما شاء الله أن يسعدوا ووجدوا في أحكامها الخير والعدل وحفظ حقوقهم ومصالحهم المشروعة • ثم أصاب الشريعة انكماش في التطبيق شيئا فشيئا وهجرها المسلمون هجرا غير جميل وعزلوها عن واقع الحياة حتى آل الامر الى عدم تطبيقها ، في معظم البلاد الاسلامية ، الا في روابط الاسرة « الاحوال الشخصية » ومسائل قليلة من المعاملات المالية[1] •

ولا شك أن هذا المآل الذي صارت اليه الشريعة يرجع الى عوامل وأسباب كثيرة تعاونت وتظافرت فأدت الى هذه النتيجة ، وليس هنا محل تبيانها وتفصيلها •

---

(١) ويلاحظ هنا أمران : (الاول) أن البلاد الاسلامية التي تطبق الشريعة الان هي المملكة العربية السعودية واليمن • ولم يجر فيهما تقنين لاحكام الشريعة فما زال مرجع القضاء فيهما الى الفقه الاسلامي وكتبه ، كما أنه لم توضع قوانين على أساس الشريعة عدا بعض الانظمة التي أصدرتها المملكة العربية السعودية ، مثل نظام الزكاة ونظام الجنسية ونظام الاقامة• (الثاني) أن البلاد التي لا تطبق الشريعة الاسلامية الا في نطاق الاحوال الشخصية جعلت الشريعة الاسلامية مصدرا من مصادر قانونها المدني ، ففي مصر نص القانون المدني في مادته الاولى على أنه : « اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية ، فاذا لم يوجد فبمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة » • وهذا فضلا عن الاحكام التي استقاها من الشريعة الاسلامية في بعض المسائل التفصيلية من ذلك : بيع المريض مرض الموت ، والاهلية والشفعة وايجار الوقف وغيرها • وفي العراق سلك القانون المدني العراقي مسلك القانون المدني المصري ، فنص في الفقرة الثانية من المادة الاولى : « فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص القانون دون التقيد بمذهب معين فاذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة » • كما أن بعض الاحكام الواردة فيه كالشفعة والاهلية وغيرها أخذت من الشريعة الاسلامية بمذاهبها المختلفة ومن المجلة ، القانون المدني العراقي القديم ، وهي فقه حنفي مقنن • والمطلع على القانون المدني المصري والعراقي يجد الاخير أخذ أحكاما من الشريعة الاسلامية أكثر من الاول •

٦ – ومع هذا كله فنحن نعتقد أن المستقبل للشريعة الاسلامية وأن السيادة القانونية ستكون لها في يوم قريب غير بعيد للاسباب الآتية :

(أولا) أن تطبيق الشريعة الاسلامية يعتبر في نظر المسلمين من الدين وجزء من عقيدتهم ولهذا فهم يحرصون على تطبيق أحكام شريعتهم ويدعون الى ذلك على ألسنة كتابهم وعلمائهم وقد أخذ يشاركهم في هذه الدعوة بعض أولي الرأي والمعنيون بالقانون ، وأكبر الظن أن الحكومات ستلبي هذه الرغبة وتستجيب لهذه الدعوة •

(ثانيا) أن القانون في كل أمة يعتبر جزء من ضميرها ومرآة لآمالها ، وضمانا لعقيدتها ومصالحها ، ومستقرا لتقاليدها ومثلها العليا وأفكارها في الحياة ، وما تتطلع اليه وتريده في المستقبل • والقانون الذي يكتب له البقاء وترضى عليه الامة هو الذي تتحقق فيه هذه المعاني ونحوها • والشريعة الاسلامية هي الوحيدة التي تتحقق فيها هذه المعاني بالنسبة لبلاد الاسلام على الاقل • ومن ثم فمن الطبيعي والمعقول والموافق لمقتضيات الامور ومصلحة الامة ، أن تكون الشريعة هي قانون هذه البلاد والاساس لكل تقنين فيها •

(ثالثا) أن الشريعة الاسلامية – بغض النظر عن كونها دينا – صالحة لكل زمان ومكان ، لا تضيق بحاجات الناس وما يستجد من أحوالهم وامورهم ومحققة لمصالحهم المشروعة • وقد تفطن لهذه الحقيقة المعنيون بدراسة القانون وأعلنتها المؤتمرات الدولية كمؤتمر لاهاي للقانون الدولى المقارن المنعقد في سنة ١٩٣٨ حيث قرر المجتمعون من علماء الغرب في القانون أن الشريعة الاسلامية تعتبر مصدرا من مصادر التشريع العام وانها شريعة حية مرنة قابلة للتطور وانها قائمة بذاتها ليست مأخوذة من غيرها[١] • كما قرر مؤتمر المحامين الدولى المنعقد في لاهاي سنة ١٩٤٨ القرار التالى :

---

(١) محاضرات في تاريخ الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف ص ٩ • ويلاحظ هنا أن الشريعة الاسلامية واصولها وأحكامها القطعية لا يمكن أن تتبدل أو تتطور ، فالتطور يتناول الاحكام الاجتهادية المبنية على العرف والعادة أو المصلحة المرسلة كما سنذكره فيما بعد •

« اعترافا بما في التشريع الاسلامي من مرونة وما له من شأن هـام ، يجب على جمعية المحامين الدولية أن تقوم بتبني الدراسة المقارنة لهـذا التشريع .. والتشجيع عليها »[1] .

ونحن اذ نذكر هذه الشهادة من علماء الغرب لا يعني اننا في شك من صلاح شريعتنا أو اننا بحاجة الى شهادة من الغير على هذا الصلاح ، وانمـا نذكره على سبيل الاستئناس . لان صلاح القانون مستمد من ذاته وطبيعة أحكامه ونظمه لا من ثناء المثنين ولا من مدح المادحين .

٧ ـ ومما يعجل تحقيق ما نتوقعه ونأمله من عودة الشريعة الى سابق سيادتها القانونية ، قيام نهضة فقهية لدراسة الشريعة وبيان مبادئها وقواعدها وأحكامها ووفائها بحاجات المجتمع في اسلوب جديد ونهج حديث ولغـة مستساغة[2] ، ونحن نلمح تباشير هذه النهضة تلوح في الافق وتتسع يوما بعد يوم ومن مظاهرها هـذا الانتـاج الوافر الذي يقدمه العلماء في مصر وغيرها من أبحاث في الشريعة وتجلية لمبادئها وأغراضها ومقارنتها مع غيرها من الشـرائع والقوانين . وكذلك ما نلاحظـه من قيـام بعض المؤ سسات الرسمية في المساهمة بهذه النهضة الفقهية ، من ذلك قيـام وزارة الاوقاف المصرية بتأسيس مجلس أعلى للشؤون الاسلامية من أغراضه : العمل على احياء التراث الاسلامي واخراجه اخراجا علميا حتى يسهل الانتفاع به ، واخراج موسوعات في مختلف العلوم الاسلامية[3] . وهذا فضلا عن عناية

---

(١) المدخل الفقهي العام الى الحقوق المدنية في البـلاد السورية للاستاذ مصطفى أحمد الزرقاء ص ١٢٩ .

(٢) يقول الدكتور السنهوري في كتابه الوسيط في شرح القانون المدني المصري الجديد ص ١٨ هامش ١ : « أما جعل الشريعة الاسلامية هي الاساس الاول الذي يبنى عليه تشريعنا المدني فلا يزال أمنية من أعز الاماني التي تختلج بها الصدور وتنطوي عليها الجوانح . ولكن قبل أن تصبح هذه الامنية حقيقة واقعة ينبغي أن تقوم نهضة علمية قويـة لدراسـة الشـريعة الاسلامية في ضوء القانون المقارن .. » .

(٣) الفقرة (د) و (ز) من المادة الخامسة من لائحة المجلس الاعلى للشؤون الاسلامية بوزارة الاوقاف المصرية لسنة ١٩٦٠ .

كليات الحقوق والشريعة في بغداد ومصر والشام وغيرها بدراسة الشريعة الاسلامية وان كانت هذه الدراسة مقتصرة على بعض نواحيها .

٨ ـ والطريقة النافعة لدراسة الشريعة هي التي تبدأ بتقديم تمهيد عام لها أو مقدمة عامة أي (مدخل) كما هو الشأن في دراسة العلوم المختلفة . فهناك مدخل لدراسة القانون ومدخل لدراسة الاقتصاد ومدخل لدراسة الاجتماع وهكذا ، وهذا ما قررته كليات الحقوق في مصر منذ أمد قريب وتبعتها كلية الحقوق العراقية منذ ثلاث سنوات . والحق أن هذا النهج في دراسة الشريعة ذو فائدة كبيرة للطالب لانه يعطيه فكرة عامة عن الشريعة من حيث طبيعتها وخصائصها ومميزاتها كما يجعله يحيط احاطة عامة بمصادرها وتاريخ نشوئها والنظم القانونية التي جاءت بها والادوار التي مرت بها حركة التشريع الاسلامي . فاذا ما تم للطالب ذلك واستوعبه كان على بينة من مصطلحاتها والافكار الاساسية فيها وبالتالى سيسهل عليه فهمها ولن يجد مشقة ولا كبير عناء اذا ما أراد التوغل في دراسة تفاصيلها .

٩ ـ وقد رأينا أن نقسم هذا المدخل الى قسمين :

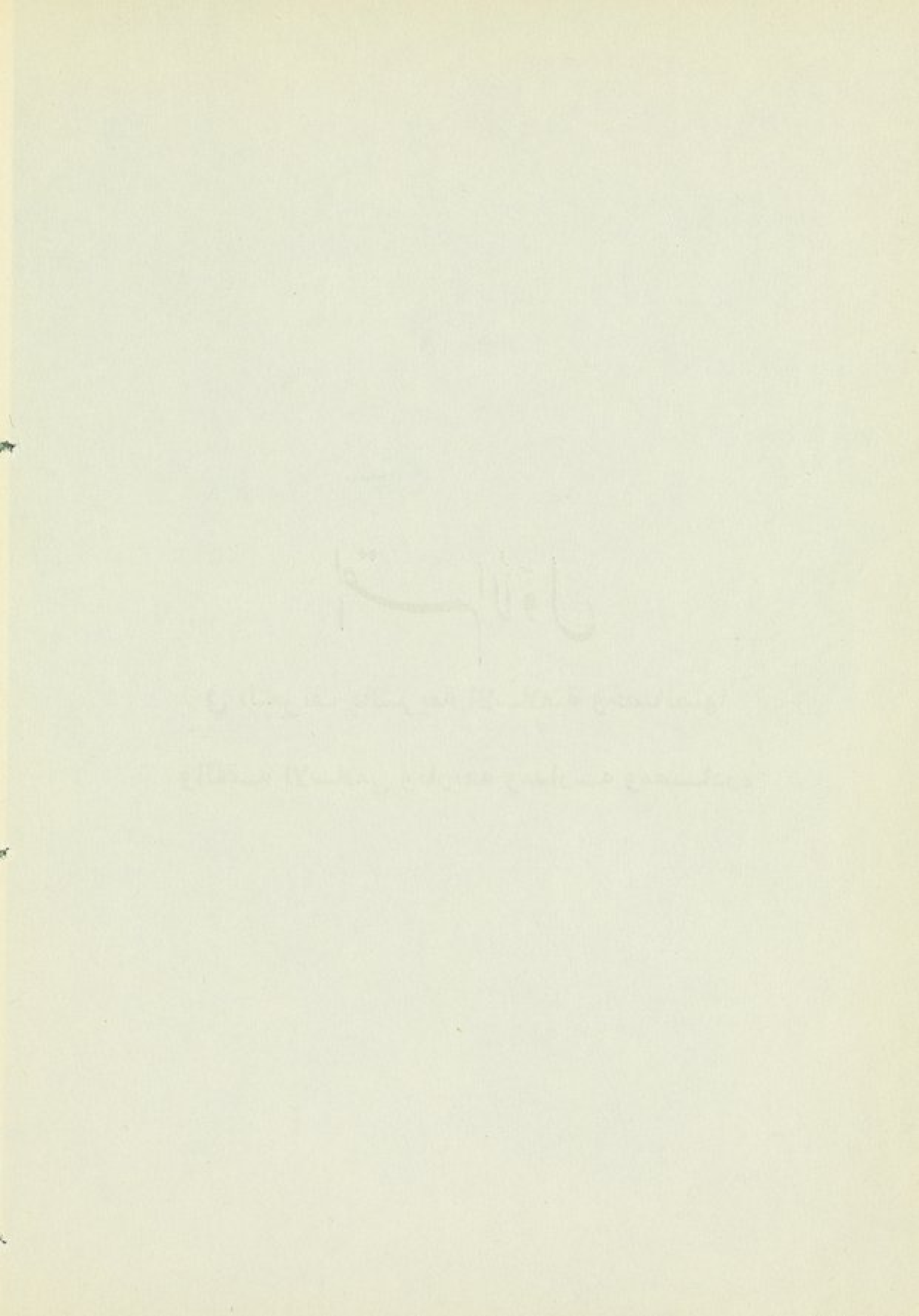
القسم الاول للكلام عن الشريعة الاسلامية وخصائصها ، والفقه الاسلامي وتاريخه ومدارسه ومصادره ، ويسبق ذلك بيان حالة العرب الاجتماعية والقانونية قبل الاسلام .

القسم الثاني لدراسة بعض النظم القانونية التي جاءت بها الشريعة الاسلامية كنظام الملكية أو نظرية الملكية ، ونظام العقد أو نظرية العقد ، ونظرية الجريمة والعقوبة .

القسم الأوّل

في التعريف بالشريعة الاسلامية وخصائصها

والفقه الاسلامي وتاريخه ومدارسه ومصادره



الباب الأول

في التعريف بالشريعة والفقه

١٠- تمهيد ومنهج البحث :

نزل الاسلام في بلاد العرب ومنها انتشر الى أنحاء العالم الاخرى . وقد كان عند العرب عادات وتقاليد بنوا عليها مجتمعهم ونظموا بها علاقاتهم القانونية ، فأقر الاسلام بعض تلك العادات ، وأبطل البعض الآخر . ولهذا رأينا من المفيد أن نتكلم بايجاز عن حالة العرب الاجتماعية والقانونية قبل الاسلام لنرى ما أقرت منها الشريعة الاسلامية وما ألغت ، ثم نتكلم بعد ذلك في سائر مواضيع هذا الباب ، وعلى هذا ستكون فصول هذا الباب على النحو التالى :

الفصل الاول ــ العرب قبل الاسلام : حالتهم الاجتماعية والقانونية .

الفصل الثاني ــ تعريف الشريعة الاسلامية وبيان خصائصها .

الفصل الثالث ــ تعريف الفقه الاسلامي وبيان خصائصه .

الفصل الرابع ــ علاقة الشريعة الاسلامية بالشرائع السابقة .

الفصل الخامس ــ شرح بعض القواعد الكلية في الفقه الاسلامي .

الفصل الاول

العرب قبل الاسلام
حالتهم الاجتماعية والقانونية

١١- تمهيـد :

موطن العرب الاصلي في الاقليم الواقع في الجنوب الغربي من آسيا ، ويحده من الشمال بادية الشام ومن الشرق الخليج الفارسي وبحر عمان ومن الجنوب المحيط الهندي ومن الغرب البحر الاحمر . وقد سمي هذا الاقليم بجزيرة العرب أو شبه جزيرة العرب نسبة اليهم لانه موطنهم الاصلي كما قلنا ، وقد استوطن بعضهم خارج الجزيرة العربية لا سيما في باديـة الشـام(١) .

وقد ذهب البعض الى أن العرب ومن حولهم يرجعون الى أصل واحد الا أن العرب غلبت عليهم البداوة بينما تحضر من حولهم من سكان الفرات ووادي النيل(٢) .

ويرجع المعنيون بالانساب العرب الى شعبين كبيرين ، هم : القحطانيون والعدنانيون . والقحطانيون من نسل قحطان وهم عرب الجنوب ومنهـم اليمانيون ، والعدنانيون من نسل اسماعيل بن ابراهيم وهم عرب الشمال

(١) فجر الاسلام للاستاذ أحمد أمين ج١ ص١ ، الاوضاع التشريعية في الدول العربية للدكتور صبحي محمصاني ص١٤ .

(٢) فجر الاسلام ج١ ص٥ .

ومنهم أهل الحجاز • ومن هذين الشعبين الكبيرين تفرعت سائر القبائل العربيـــة[1] •

وقد غلبت على عرب الجنوب الحضارة وحياة الاستقرار ، بينما غلبت على عرب الشمال البداوة وحياة التنقل وعدم الاستقرار ، وقد أشار القرآن الكريم الى بعض ما عند عرب الجنوب من خيرات وزروع وما تستلزمه من حياة مستقرة ، قال تعالى : « لقد كان لسبأ في مسكنهم آية جنتان عن يمين وشمال كلوا من رزق ربكم واشكروا له بلدة طيبة ورب غفور »[2] •

وقد سميت الفترة التي سبقت بعثة النبي الكريم محمد (ص) بالجاهلية ، ونسب اليها العرب في هذه الفترة فقيل : عرب الجاهلية[3] •

وسنتكلم فيما يلي عن حالـة العرب الاجتماعية قبـل الاسلام وأثـر الاسلام فيها ، ثم نتكلم عن حالتهم القانونية وأثر الاسـلام فيهـا وذلك في مبحثين متتاليين •

---

(١) فمن قحطان تفرع شعب كهـلان وشعب حمير ، ومن كهـلان تفرعت قبائل طي وجذام والازد ، ومن حمير تفرعت قبائل قضاعة وتنوخ وكلب وجهينة • وتفرع من عدنان ربيعة ومضر ، ومن مضر تفرعت قبـائل أشهرها وائل وأسد ، ومن مضر تفرعت قبائل أشـهرها قيس عيلان وتميم وهذيل وكنانة : فجر الاسلام ج١ ص٦ـ١٠ •

(٢) سورة سبأ ، الآية : ١٤ •

(٣) قال الاستاذ أحمد أمين في فجر الاسـلام ج١ ص ٨٦ ـ ٨٧ : « والجاهلية ليست من الجهل الذي هو ضد العلم ، ولكن من الجهل الذي هو السفه والغضب والانفة ••• الى أن قال : فنرى من هذا كله أن كلمـة الجاهلية تدل على الخفة والانفة والحمية » والراجح في نظرنا أن كلمـــة الجاهلية يراد بها ما قاله الاستاذ أحمد أمين ، كما يراد بها أيضا الجهـل الذي هو ضد العلم اذا ما قيس عصر الجاهلية بعصر الاسلام ، اذ مما لا ريب فيه أن عرب الجاهلية كانوا على جهل بالشرائع الحقة والاحكام العادلة والمثل العليا التي جاء بها الاسلام ، فصح اطلاق لفظ الجاهلية على العصر السابق لعصر النبي (ص) بالمعنين المذكورين لكلمة الجاهلية •

المبحث الأول

حالة العرب الاجتماعية

١٢ – كان العرب قبل الاسلام ، الا القليل منهم ، يعيشون عيشة البداوة وهؤلاء هم البدو . والقليل منهم سكنوا الاصقاع والقرى والمدن المتحضرة كاليمن ويثرب « المدينة » ومكة وعاشوا عيشة استقرار ، وهؤلاء هم الحضر . والبدو من العرب سكنوا البادية وألفوا حياة التنقل والرحيل طلبا للكلأ والماء ، وسكنوا بيوت الشعر والخيام واعتمدوا في معيشتهم على ما تنتجه ماشيتهم ، كما اعتمدوا على الغزو كوسيلة من وسائل العيش ، فكانت القبيلة تغير على الاخرى فتغنم الغالبة ما تجد عند المغلوبة من متاع وحيوان وتسبي نساءهم ، وهذه الحياة وعادة الغزو والغارات جعلت البدو أقدر على القتال من الحضر وأكثر شجاعة منهم[1] .

ومن عادات البدو عزوفهم عن التجارة والزراعة والصناعة واحتقارهم لها واعتبارها من المهن الخسيسة التي لا تليق بهم ولهذا لم يزاولوها ، الا أنهم اشتهروا ، كما اشتهر الحضر أيضا ، بالشعر والخطابة والامثال وسائر فنون اللغة العربية ، وبرواية التاريخ وبرزوا في هذا كله واشتهروا به . وكان عندهم شيء من علم النجوم ومعرفة أوقات نزول المطر وهبوب الرياح . تعلموا ذلك عن طريق التجربة بسبب أسفارهم وتنقلهم .

١٣ – وبخلاف البدو ، فقد سكن الحضر المدن كما قلنا ، واستقروا فيها وزاولوا التجارة والزراعة وكانوا أرقى من البدو وأكثر منهم حضارة . وقد أشار القرآن الكريم الى ما اعتادته قريش من الرحلة الى الشام واليمن لغرض التجارة ، قال تعالى : « لايلاف قريش ايلافهم رحلة الشتاء والصيف فليعبدوا رب هذا البيت الذي أطعمهم من جوع وآمنهم من خوف »[2] .

---

(١) مقدمة ابن خلدون ص١٢٥ .
(٢) سورة قريش الآية ١ – ٤ .

١٤ـ أساس نظامهم الاجتماعي وبعض أوصافه :

كان العرب قبائل متفرقة ، وعلى أساس القبيلة وما ترتب عليها من شيوع العصبية القبلية بين أفرادها قام نظامهم الاجتماعي . والقبيلة ليست دولة ولا كيانا سياسيا وانما هي وحدة اجتماعية تقوم على صلة القربى ورابطة الدم ، ويخضع أفرادها خضوعا اختياريا الى رئيسهم بناء على ما تربطه بهم من رابطة النسب ولما كان يشتهر به عادة من الشجاعة والكرم ولولادته في بيت الرياسة .

١٥ ـ وقد كان من نتائج العصبية القبلية تفاخرهم بالانساب وتناصرهم على أشد ما يكون التناصر في الحق والباطل[١] ، فاذا ما ارتكب أحد أفراد القبيلة جناية على آخر من قبيلة أخرى هبت قبيلة المجني عليه لنصرته والثأر له من الجاني وقبيلته ، وكذلك تفعل قبيلة الجاني ، تدافع عنه وتخاصم من أجله وان كان هو الظالم الباغي . والتناصر القبلي ما كان يقف عند حد أفراد القبيلة المشتركين في النسب ورابطة الدم ، بل كان يشمل أيضا المحسوبين على القبيلة بسبب التبني أو الحلف والموالاة أو بسبب الجوار . أما التبني فقد كان عادة مألوفة عند العرب وكان يتم بعقد بين المتبني والمتبنى أو من ينوب عنه ولم تكن له شروط معينة من جهة العمر أو غيرها[٢] . أما الحلف والموالاة فكان يتم بعقد الموالاة أو الحلف بأن يقول أحدهما لصاحبه اذا حالفه : دمي دمك وهدمي هدمك وترثني وأرثك ، فيتعاقدان الحلف على أن ينصر كل واحد منهما صاحبه فيدفع عنه ويحميه بحق كان ذلك أو باطل[٣] . أما الجوار فكان يتم بأن يجير رئيس القبيلة أو أحد وجوهها من يأتي اليهم مستجيرا بهم[٤] .

١٦ ـ وكان القتال كثيرا بين القبائل وينشب لاتفه الاسباب كجناية

(١) تفسير المنار للمرحوم رشيد رضا ج٥ ص٤٥٥ .
(٢) أحكام القرآن للجصاص ج٢ ص٧٧ ، الاوضاع التشريعية ص ٤٤ .
(٣) أحكام القرآن للجصاص ج٢ ص٢٩٣ .
(٤) الاوضاع التشريعية ص٤٥ .

فرد من قبيلة على آخر من قبيلة أخرى فتثور الحرب بين القبيلتين استجابة لداعي العصبية . وساعد على كثرة القتال بين القبائل أن العرف القائم آنذاك أقر الغزو والنهب والسلب واعتبرها أمورا طبيعية وضربا من ضروب الشجاعة كما أقر قيام القبيلة بطلب الثأر لأحد أفرادها من القبيلة الاخرى . كما أن حياة البداوة وشظف العيش وعدم وجود سلطة يخضع لها الجميع ، واتخاذ الغزو وسيلة للعيش ، كل ذلك سهل نشوب القتال بين القبائل وجرأ القوي على أكل الضعيف ، ولهذا لجأت بعض القبائل الى التحالف على السلم والتناصر فيما بينها اذا وقع اعتداء على احداها . ومع ولعهم بالقتال فقد كان من تقاليدهم ايقاف حالة الحرب وتحريمها في الاشهر الحرم وهي ذو القعدة وذو الحجة ومحرم ورجب[1] .

١٧ - وكثرة الحروب بين القبائل جعل العرب يكبرون شأن الرجل ويستصغرون شأن المرأة ، لان الرجل أقدر على القتال منها ، فهو الذي يباشر الحرب ، ويركب الخيل ويحمل السيف ويرد العدو ويحوز الغنيمة ويدافع عن شرف القبيلة .. وقد ترتب على هذه النظرة للمرأة أن انحطت منزلتها وهضمت حقوقها وحرمت من الميراث ، وحتى شاع بين بعض القبائل وأد البنات وهن في قيد الحياة خوفا من وقوعهن بأيدى العدو سبايا حرب وفي هذا العار الذي لا يحتمل والفضيحة التي تنكس الرأس ... وقد أشار القرآن الكريم الى هذه العادة القبيحة فقال تعالى « واذا الموؤدة سئلت بأي ذنب قتلت »[2] كما سجل القرآن ما كان ينتاب أحدهم من الحزن العميق والحيرة والتردد بين الوأد وبين ابقاء الانثى اذا ولدت امرأته أنثى ولم تلد ذكرا ، قال تعالى : « واذا بشر أحدهم بالانثى ظل وجهه مسودا وهو كظيم يتوارى من القوم من سوء ما بشر به ، أيمسكه على هون أم يدسه في التراب ألا ساء ما يحكمون »[3] . وكما كان الوأد خوفا من العار فقد كان أيضا للفقر والعوز ويشمل الصغار اناثا كانوا أو ذكورا ، قال تعالى : « ولا تقتلوا

---

(١) تاريخ العرب قبل الاسلام للدكتور جواد علي ج٥ ص٢٤٢ .
(٢) سورة التكوير ، الاية ٨ - ٩
(٣) سورة النحل ، الآية ٥٨

أولادكم خشية املاق نحن نرزقهم واياكم ان قتلهم كان خطأ كبيرا »[1] .

١٨ - وبالرغم مما كان عند العرب من الصفات الذميمة كالغزو ووأد البنات والعصبية القبلية ، فقد كانت عندهم صفات حميدة وخلال جميلة ، مثل الكرم والشجاعة والوفاء واباء الضيم والانفة والصدق وحماية الجار والعفو عند المقدرة وغير ذلك[2] . كما كان عندهم اكرام الضيف وقد اعتبروه حقا للضيف يجب أن يعطياه وان اهمال هذا الحق أو التقصير فيه أو التغاضي عنه يعد مخالفة قبيحة للعادات والتقاليد القبلية الموروثة[3] .

١٩- أثر الاسلام في حالتهم الاجتماعية :

ما قدمناه وصف مجمل لحالة العرب الاجتماعية قبل الاسلام ، فلما جاء الاسلام أحدث تغيرا جذريا في المجتمع العربي ، وأقامه على أساس جديد ، وأزال ما فيه من فساد ، وأبقى ما فيه من خير .

فقد دعا الاسلام بقوة ووضوح الى نبذ العصبية القبلية واجتثاث جذورها وازالة شرورها ، وقال لهم : « دعوها فانها منتنة »[4] ، وبين لهم أن جعل الناس شعوبا وقبائل انما هو للتعارف لا للتفاخر ولا للتعصب للجنس أو القبيلة ، وأن قيمة الانسان انما تكون بالتقوى ، وهي كلمة جامعة تشمل جميع الاعمال الصالحة وفقا لاوامر الله وحدوده ، قال تعالى : « يا أيها الناس انا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا ان اكرمكم عند الله أتقاكم ان الله عليم خبير »[5] . وقد أكد الرسول (ص) هذا المعنى في خطبه ومواعظه ، وأخبر المسلمين أن الدعوة الى العصبية والقتال من أجلها والموت عليها ابتعاد عن الاسلام وخروج على جماعة المسلمين ، قال عليه الصلاة والسلام : « ليس منا من دعا الى عصبية ، وليس منا من قاتل على عصبية ، وليس منا من مات على عصبية »[6] . وأخبرهم بأن الله تعالى

---

(١) سورة الاسراء ، الآية ٣١

(٢) حياة محمد (ص) تاليف الدكتور محمد حسين هيكل ص ٧٨

(٣) الاوضاع التشريعية ، ص ٢٤

(٤) من حديث للرسول (ص) ، أنظر تفسير الطبري ج٢٨ ص٧٨

(٥) سورة الحجرات ، الآية ١٣ .

(٦) الجامع الصغير للسيوطي ، ج٢ ، ص٤٠ .

قد أذهب عنهم أوضار الجاهلية ، وأن التفاضل بينهم يكون بمقدار ما عند الانسان من تقوى ولا يكون بالاحساب والانساب ، فكل البشر يرجعون الى آدم ، وآدم خلق من تراب ، فقد جاء في خطبة النبي (ص) في حجة الوداع : « أيها الناس ان الله تعالى أذهب عنكم نخوة الجاهلية وفخرها بالاباء ، كلكم لآدم ، وآدم من تراب ، ليس لعربي على عجمي فضل الا بالتقوى »[1] .

والحق أن العصبية القبلية والجنس واقامة المجتمع على هذا الاساس لا يتفق والاسلام ، لان الاسلام بطبيعته دعوة عالمية جاء الى الناس أجمعين ، فيجب أن يقوم المجتمع على أساس يتفق وهذا العموم ، والعقيدة الاسلامية هي الاساس المعقول الذي يتفق وعموم الاسلام لانه يسع الناس جميعا ولا يضيق بأحد بخلاف الجنس فانه بطبيعته أساس ضيق لا يسع الناس جميعا فليس بمقدور انسان أن يكون من الجنس الذي يهواه بعد أن كان من جنس آخر سواه ، ولهذا فقد جعلت الشريعة الاسلامية الاسلام هو الاساس الذي يقوم عليه المجتمع واعتبرت المسلمين أخوة « انما المؤمنون اخوة » [2] . وفي الحديث الشريف : « ان كل المسلم على المسلم حرام ، وانما المسلمون اخوة »[3] . واتخاذ الاسلام أساسا للمجتمع هو الشيء المنطقي المقبول لانه أساس مرن يسع جميع الخلق اذ بمقدور كل انسان أن يعتنق الاسلام فيصير من عداد المجتمع ومن يأبى فانه يبقى عضوا في المجتمع الاسلام ومواطنا في دولة الاسلام ويحمل جنسيتها فينعم بعدل الاسلام ورعاية المسلمين ويكون له ما لهم من الحقوق وعليه ما عليهم من الواجبات الا ما قام على العقيدة أو استلزم العقيدة الاسلامية[4] .

٢٠ ــ وقد ترتب على هدم العصبية القبلية زوال التناصر بالباطل بين أفراد القبيلة لان الاسلام حرم التعاون على الباطل والبغي ، قال تعالى :

---

(١) أمتاع الاسماع للمقريزي ص٥٢٣

(٢) سورة الحجرات ، الآية ١٠

(٣) المغريزي ص٥٣٢

(٤) كتابنا أحكام الذميين والمستأمنين في دار الاسلام ص ٧٠ ــ ٢٠٠ ، ٦٣٤ .

« وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الأثم والعدوان »[1] . وبعد أن كان الشعار في الجاهلية : « أنصر أخاك ظالما أو مظلوما » بمعنى أن القبيلة تقف الى جانب أي فرد منها في الحق والباطل وحتى لو كان ظالما وتدافع عنه وتقاتل معه ، صار الشعار في الاسلام ، كما جاء في الحديث الشريف عن النبي (ص) : « أنصر أخاك ظالما أو مظلوما . قيل انصره اذا كان مظلوما فكيف أنصره ظالما ؟ قال تحجزه عن الظلم فان ذلك نصره »[2]. وبعد أن كان التفاخر بالانساب جعل الاسلام بدله التنافس في عمل الخير . قال تعالى مشيرا الى عمل الخير وما يؤول اليه أمره في الآخرة : « وفي ذلك فليتنافس المتنافسون »[3] .

ومع هذا فقد أبقى الاسلام التعاون والتناصر بين أفراد القبيلة في الخير ومن مظاهر هذا التعاون ما أوجبته الشريعة الاسلامية من وجوب الدية في القتل الخطأ على عصبة الجاني من رجال قبيلته[4] . كما أبقى الاسلام التحالف الذي كان يجري بين القبائل اذا كان على نصرة المظلوم وأبطل التحالف على عون الظالم ، ولهذا مدح النبي(ص) حلف الفضول الذي جرى في الجاهلية وقد حضره البني (ص) قبل النبوة ، فقد اجتمعت في هذا الحلف بطون قريش مثل تميم وهاشم وزهرة في دار عبدالله بن جدعان وتحالفوا على رد المظالم في مكة ، وقال النبي (ص) في هذا الحلف : « ما أحب أن لي بحلف حضرته حمر النعم في دار ابن جدعان ، تحالفوا أن يكونوا مع المظلوم ما بلّ بحر صوفه ، ولو دعيت الى مثله في الاسلام لاجبت »[5] .

٢١ ـ وأبطل الاسلام عادة النهب والسلب وشن الغارات والاعتداء على

(١) سورة المائدة ، الآية ٢
(٢) تيسير الوصول ج٣ ص٢٨
(٣) سورة المطففين : الآية ٣٦
(٤) كتابنا أحكام الذميين والمستأمنين في دار الاسلام ص٢٧٦ـ٢٧٧ والعصبة أقارب الرجل الذكور من أبيه .
(٥) الجصاص ج٢ ص٢٩٤ ، امتاع الاسماع ج١ ص١١ .

الأخرين ، فقد جاء في القرآن الكريم «ولا تعتدوا ان الله لا يحب المعتددين» فأمن الضعيف شر القوى وبغيه .. كما أبطل الاسلام التبني ، كما سنذكره فيما بعـــد .

٢٢ ـ وأنكر الاسلام عادة وأد البنات وحرمها واعتبرها بحق مـــن سيىء العادات ، فالانثى كالذكر أهل لان يصدر عنها الخير والفعل الجميل ومن ثم فهي جديرة بالاكرام والعناية ، وهي كالرجل ، مخاطبة بالاحـكام ومكلفة بما كلف به الرجل ، فقد أمرتها الشريعة الاسلامية بالايمان والمعرفة والاعمال الصالحة والعبادات والمعاملات كما أمرت الرجل بهـذه الامور ، وقد بايع النبي (ص) المؤمنات ، كما بايع المؤمنين . وهكذا رفع الاسلام قدر المرأة فلم تعد ذلك المخلوق الذي تستصغره العين ويزدريه المجتمع ، وجعل لها من الحقوق مثل ما للرجل الا في حق واحد وهو حق رياسة الاسرة ، فقد جاء في القرآن الكريم : « ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة »[١] . فالحقوق بين الزوجين متبادلة وما من حق على المـرأة للرجـل الا ويقابله حق من جنسه على الرجـل للمرأة[٢] . وأما رياسـة الاسرة التي أوتيها الرجل وعبر عنهـا القرآن الكريم « وللرجال عليهن درجة » ، وبقوله تعالى « الرجال قوامون على النساء » ، فان هذه الرياسـة وما تستلزمه من الانفاق على الاسرة والعناية بها وطاعة الزوجة لزوجها ، أقول ان هذه الرياسة أمر طبيعي لا غرابة فيه ، لان الحياة الزوجية حيـاة اجتماعية وشركة تخص أخص الانسان والاصل فيها أن تكون دائمية مدى الحياة ، وكل شركة أو اجتماع لا بد له من رئيس يكون المرجع في حسم الخلاف لئلا تختل الشركة وتنفصم عرى الاجتماع ، والرجل أحق بهـذه الرياسة من المرأة لما أوتيه من قوة بدنيـة وخبرة اكتسبها من معامـلاته وتجاربه ، هي أكثر مما عند المرأة عادة ، فضلا عن تكليفه بالانفاق عـلى

(١) سورة البقرة ، من الآية ٢٢٨

(٢) تفسير المنار للاستاذ محمد رشيد رضا رحمه الله ج٢ ص٣٢٧

البيت دون المرأة . وأيضا فان هذه الرياسة مبنية على المودة والرحمة والمعاملة الحسنة ، قال تعالى : « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة[1] وقوله تعالى « وعاشروهن بالمعروف »[2] فهكذا رياسة تقوم على المودة والرحمة والمعاشرة الحسنة لا تكون رياسة خشنة مكروهة ثقيلة على النفس ، بل تكون رياسة خفيفة على النفس مقبولة مرضية ، ومن أجل هذا كله فان مبدأ رياسة الرجل للاسرة « موجود ويطبق الان في جميع الشرائع الدينية والعلمانية باسم السلطة الزوجية »[3] .

٢٣ ـ وقد أقر الاسلام ما عند عرب الجاهلية من كريم الصفات وجميل الخلال مثل الوفاء بالعهد والصدق ورعاية الجار والشجاعة والكرم ، بعد أن شذب بعضها ، فالشجاعة محمودة اذا كانت في سبيل الحق واعلاء كلمة الله ، لا في سبيل طلب العلو في الارض ونشر الفساد فيها بالاعتداء على الآخرين ، والكرم محمود ما دام في محله لا لطلب السمعة والرياء . وأقر الاسلام عادة اكرام الضيف وجعل هذا الاكرام حقا للضيف على المضيف ، فقد جاء في الحديث الشريف : « ليلة الضيف حق على كل مسلم ، فمن أصبح بفنائه فهو عليه دين ان شاء اقتضى وان شاء ترك »[4] . وفي حديث آخر عن عقبة بن عامر ، قال : قلت لرسول الله (ص) انك تبعثنا فننزل بقوم لا يقروننا فما ترى ؟ فقال : اذا نزلتم بقوم فان أمروا لكم بما ينبغي للضيف فاقبلوا والا فخذوا منهم حق الضيف الذي ينبغي لهم »[5] .

---

(١) سورة الروم ، الآية ٢١

(٢) سورة النساء ، الآية ١٩

(٣) مقدمة في احياء علوم الشريعة الاسلامية للدكتور صبحي محمصاني ص٢٠٨ ، وقد جاء في نفس هذه الصحيفة : « فملكة الانكليز نفسها عندما تزوجت سألها الكاهن : هل تطيعين زوجك ؟ فأجابت نعم ، وذلك قبل أن يكللها بالزواج الديني » .

(٤) تيسير الوصول ج٤ ص٥٢

(٥) تيسير الوصول ج٤ ص ٥٣

٢٤ ـ ويخلص لنا من جميع ما تقدم أن الشريعة الاسلامية ، أبقت من عادات عرب الجاهلية ما كان صالحا منها ومتفقا مع مبادئها وأهدافها ، وألغت ما كان فاسدا منها ولا يتفق مع مثلها ومبادئها ، فأعطت للصالح حقه من الابقاء ، كما أعطت للفاسد حقه من الالغاء .

المبحث الثاني

الحالة القانونية عند العرب

تمهيـــد :

٢٥ ـ قلنا في مقدمـة الكتاب ان القانون ضروري للمجتمع ، كما ان المجتمع ضروري للانسان ، ولهذا لم يخل مجتمع من قواعد قانونية عـلى نحو ما تنظم علاقات الافراد فيما بينهم ، وقد تكون هذه القواعد عبارة عن عادات وأعراف وتقاليد تسير أمور الناس بمقتضاها ويتحاكمون اليها عنـد الخصام والنزاع . وهذا ما كان عند العرب في الجاهلية ، فما كانت عندهم حكومة أو سلطة تتولى التشريع ، وانما كانت عندهم عادات وأعراف وتقاليد تكون ما يمكن تسميته بالقانون الجاهلي . كما لم تكن عند العرب سـلطة قضائية يترافعون اليها في منازعاتهم ، وانما كانوا يرجعون الى شيخ القبيلـة أو الى الكهان[1] . وما كان واحد من هؤلاء يقضي بقانون مكتوب وانمـا يقضي بما يعرفه من عادات القوم وأعرافهم الذين يعيش فيما بينهم . كمـا أن المتخاصمين ما كانوا ملزمين بالرجوع الى من ذكرنا وانما يرجعون اليهم بتراضيهم ، واذا ما أصدروا حكما فقد لا يطيعه المحكوم عليه ولا شيء عليه سوى ما قد يتعرض له من نقمة قبيلته أو غضب من يهمه تنفيذ هذا الحكم . فحكم هؤلاء المحكمين يعتمد في تنفيذه على ما يتمتع به المحكم من سـلطة أدبية وعلى مدى احترام المحكوم عليه له[2] .

وقد تعرضت الشريعة الاسلامية للقانون الجاهلي المبني على عاداتهـم وأعرافهم ، فأقرت بعض هذه العادات وعدلت بعضا منها كما ألغت البعض

---

(١) الاسرة في الشرع الاسلامي للدكتور عمر فروخ ص٣٧

(٢) فجر الاسلام ج١ ص٢٧٤ـ٢٧٧

الأخر • ونذكر فيما يلي بعض ما كان عند العرب من أوضاع قانونية وما أبقته الشريعة الاسلامية منها وما أنكرته أو عدلته •

أولا ـ في قانون الاسرة

أولا ـ النكاح وبعض ما يتعلق به :

٢٦ ـ عرف عرب الجاهلية أنواعا من النكاح ، منها نكاح الناس اليوم « يخطب الرجل الى الرجل وليته أو بنته فيصدقها ثم ينكحها »[١] • وقد أقر الاسلام هذا النوع من النكاح ووضع له حدودا واصولا • وهناك أنكحة فاسدة أنكرتها الشريعة الاسلامية ولم تقر العرب عليها ومن هذه الانكحة الفاسدة :

٢٧ ـ نكاح الشغار : وهو أن يزوج الرجل ابنته أو من تحت ولايته لآخر على أن يزوجه هذا الاخير بنته أو من تحت ولايته وليس بينهما صداق[٢] ، أي لا يدفع أحدهما مهرا للآخر ، بل تعتبر كل من الزوجتين مهرا للاخرى • وقد نهى الاسلام عن هذا النوع من النكاح ، فقد جاء في الحديث الشريف : « نهى رسول الله (ص) عن الشغار » وفي حديث آخر « لا شغار في الاسلام »[٣] •

٢٨ ـ نكاح المقت : هو زواج الابن امرأة أبيه بعد وفاته ان لم تكن أمه ، وقد كان هذا من عادة الجاهلية ، فاذا ما توفي الرجل عن زوجة وكان له ابن من غيرها فلهذا الابن أن يتزوجها بلا مهر ودون توقف على رضاها كما كان له أن يزوجها من يشاء ويأخذ مهرها ، أو يمتنع من تزويجها حتى تموت فيرثها ، وكان هذا النكاح شائعا معروفا عند عرب

---

(١) من حديث أخرجه البخاري ، أنظر نيل الاوطار للشوكاني ج٦ ص١٥٨ •

(٢) سبل السلام للصنعاني ج٣ ص١٦١

(٣) نيل الاوطار ج٥ ص١٤٠

الجاهلية[1] . فاذا لم يرغب الأبن فيها انتقل حقه الى اخوته أو الى سائر العصبات الاقرب فالاقرب[2] ، وقد ابطل الاسلام هذا النكاح المقيت وما يتعلق به ، فقد جاء في القران الكريم « ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء الا ما قد سلف انه كان فاحشه ومقتا وساء سبيلا »[3] « يا أيها الذين امنوا لا يحل لكم ان ترثوا النساء كرها ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما اتيتموهن »[4] .

٢٩ – الجمع بين الاختين ، وتعدد الزوجات : وكان من عاداتهم ان يتزوجوا الاختين فنهاهم الاسلام عن ذلك ، جاء في القران في سياق تعداد المحرمات « وان تجمعوا بين الاختين » . كما ان تعدد الزوجات بلا حد كان مالوفا عندهم ، جاء في الحديث الشريف ان غيلان بن سلمة الثقفي اسلم وله عشر نسوة تزوجهن في الجاهليه فاسلمن معه ، فامره النبي (ص) ان يختار اربعا منهن ويفارق الباقيات[5] . وقد اقرت الشريعه الاسلاميه مبدا التعدد واجازته الى حد اربع زوجات وجعلت هذا التعدد مباحا عند الحاجة وامن الجور في المعامله ، والا فواحدة اذا خاف الزوج من عدم القدرة على العدل والقيام بحقوق الزوجيه ، قال تعالى : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فان خفتم الا تعدلوا فواحدة او ما ملكت ايمانكم ذلك ادنى ان لا تعولوا » وقد فسر الشافعي « ان لا تعولوا »[6] اي لئلا يكثر عيالكم فلا تستطيعون رعايتهم[7] .

٣٠ – المحرمات من النساء في النكاح : كان عند العرب تحريم الامهات

---

(١) الجصاص ج٢ ص١٠٦ ، ١٠٢ ، تفسير المنار ج٤ ص٤٦٤

(٢) الاوضاع التشريعيه ، ص٥٤

(٣) سورة النساء ، الاية ٢٢

(٤) سوره النساء ، الايه ص١٩

(٥) سبل السلام للصنعاني ج٢ ص١٧٥ ، نيل الاوطار للشوكاني ج٥ ص١٦٠ .

(٦) سورة النساء ، الاية ٣

(٧) تاريخ التشريع الاسلامي ومصادره لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٣٣ .

والبنات والعمات والخالات ، فيحرم على الرجل نكاح أمه أو بنته أو عمته أو خالته ، كما كان يحرم على المرأة نكاح أحد اصولها أو فروعها أو أخوالها أو أعمامها ، كما جعلوا التبني مانعا من الزواج ، كالبنوة الحقيقية[1] . وقد أقر الاسلام تحريم الامهات ونحوهن وبين من يحرم نكاحهن ، كما أبطل التبني وما ترتب عليه من اعتباره كمانع من موانع الزواج ، قال تعالى في ابطال التبني « وما جعل أدعياءكم أبناءكم » وقال تعالى في بيان المحرمات : « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وأمهات نسائكم وربائكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللائي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم وأن تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف ... »[2] .

٣١ـ المهر :

كان الرجل في الجاهلية اذا زوج موليته أخذ مهرها ، فنهاهم الاسلام عن ذلك ، قال تعالى : « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » وقد فسر البعض هذه الآية بأنها خطاب لاولياء المرأة بأن لا يحبسوا عنها المهر اذا قبضوه ، لان المهر من حق المرأة ولا حق للولي فيه ، كما تضمنت هذه الآية ، على ما قاله البعض ، أن على الزوج أن يعطيها المهر بطيبة من نفسه وهذه بعض معاني كلمة نحلة[3] . كما أن قول الله : « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين » يدل على أن الرجل يدفع المهر للمرأة وهو حق لها على الزوج[4] .

---

(١) الاوضاع التشريعية ص٥٣

(٢) سورة النساء ، الآية ٢٣

(٣) الجصاص ج٢ ص٥٧

(٤) تاريخ التشريع للخضري ص٧٨

ثانيا – فرق النكاح :

٣٢ – فرق النكاح هي ما تنحل به عقدة النكاح فينقطع بهـــا ما بين الزوجين من علاقة زوجية[1] • ونذكر فيما يلي بعض هـــذه الفرق التي كانت عند العرب وما طرأ عليها بعد الاسلام •

٣٣– الطـلاق :

الطلاق في الشريعة الاسلاميةحل الرابطة الزوجية بألفاظ مخصوصة[2] وقد عرف عرب الجاهلية الطلاق ولكن لم يكن له عندهم عدد محدود[3] ، فكان للزوج أن يطلق زوجته ثم يراجعهـا في العـدة وهكذا يفعل مرات عديدة ، وبهذا الاسلوب من الطلاق كان الرجل يستطيع أن يضار زوجته فيجعلها كالمعلقة لا يفارقها لتنكح زوجا غيره ولا يقوم بحقها كزوجة له ، بل كان للمطلق أن يمنع مطلقته من الزواج حتى بعد انقضاء عدتها •

٣٤ – وجاءت الشريعة الاسلامية ، فأقرت مبدأ الطلاق ولكن لم تجعله بلا حد كما كان عليه الحال في الجاهلية ، فجعلت حق الزوج في الطـلاق ثلاث تطليقات وبتمامها تتم الفرقة بين الزوجين ، قال تعالى : « الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان »[4] وقوله تعالى : « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره »[5] • فالزوج له أن يطلق زوجته وله أن يراجعها في العدة ان كان الطلاق رجعيا وهكذا يفعل في التطليقة الثانية فان طلقها الثالثة وقعت الفرقة بينهما فلا تحل له من بعد هذا بعقد جديد الا بعد أن تنكح زوجا غيره ويفارقها بطلاق أو بموت • فهذا التنظيم للطـلاق في الشريعة الاسلامية تنظيم بديع ودقيق يتسم بالواقعية ويحرص جهد الامكان على بقاء الرابطة الزوجية ويعطي فرصة كافية للزوج المطلق للرجوع عن طلاقه اذا كان طلاقه جاء بلا روية ولا تدبر • فالشريعة الاسلامية تحرص

---

(١) محاضرات عن فرق الزواج للاستاذ علي الخفيف ص١ •
(٢) شرح العناية على الهداية ج٣ ص٢٠ ، فتح القدير ج٣ ص٢١
(٣) تفسير المنار ج٢ ص٤٠٢
(٤) سورة البقرة ، الآية ٢٢٩
(٥) سورة البقرة ، الآية ٢٣٠

على بقاء الرابطة الزوجية وتكره الطلاق ولكن تعترف بـه وتقره كوسيلة لحسم الخلاف بين زوجين لم يعد بالامكان الاستمرار على حياتهما الزوجية . فاذا وقع الطلاق جاز للمرأة أن تتزوج بعد انقضاء عدتها ولا يحق للزوج أن يمنعها من الزواج وبهذا ألغى الاسلام عادة الجاهلية التي تعطي للمطلق الحق في منع مطلقته من الزواج ، قال تعالى : « واذا طلقتم النسـاء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن اذا تراضوا بينهم بالمعروف »[1].

٣٥ ـ الخلع : عرف العرب الخلع كوسيلة من وسائل حل الرابطـة الزوجية ، ومعناه أن الزوجة أو أهلها يدفعون الى الزوج مقدا‌ا من المـال نظير أن يطلقها الزوج[2] . فالخلع اذن فرقة بين الزوجين برضاهما مقابل مقدار من المال تدفعه الزوجة أو أهلها الى الزوج . وقد أقر الاسلام الخلع وبين الفقهاء شروطه وما يتعلق به[3] .

٣٦ ـ الايلاء : وهو في اللغة الحلف ، وفي الاصطلاح الفقهي الحلف الواقع من الزوج أن لا يطأ زوجته . وكان الايلاء عندهم طلاقا يقع بعـد انتهاء مدة الايلاء وهي عندهم سنة وربما جعلوها سنتين . وقد أقر الاسلام الايلاء ولكن وقت له أربعة أشهر اذا مضت دون أن يقرب الزوج زوجته ، وقعت الفرقة بينهما بتطليقة بائنة عند بعض الفقهاء ، وبتطليقة رجعية عنـد البعض الآخر[4] .

٣٧ـ الظهار :كان الظهار عندهم بمنزلة الطلاق[5] وهو أن يقول الزوج لزوجته أنت علي كظهر أمي[6] . وقد أبطل الاسـلام اعتبار الظهار طلاقا وأوجب فيه الكفارة ، فلا يحق للزوج أن يمس زوجته ويقربها الا بعـد أن يقوم بهذه الكفارة ، قال تعالى في القرآن الكريم : الذين يظاهرون منكم

---

(١) سورة البقرة ، الآية ٢٣٢
(٢) فرق الزواج لاستاذنا علي الخفيف ص١٣٢
(٣) كتابنا أحكام الذميين والمستأمنين في دار الاسلام ص٣٩٠
(٤) الجصاص ١ج ص٣٥٧ ، نيل الاوطار ج٦ ص ٢٥٧ـ٢٥٨
(٥) الجصاص ج٣ ص٤١٧
(٦) تاريخ التشريع للخضري ص٨٣

من نسائهم ما هن أمهاتهم ان امهاتهم الا اللائي ولدنهم وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا وان الله لعفو غفور • والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير • فمن لم يجد فصيام شهرين متتالين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ... »[1] •

٣٨ ـ آثار الفرقة : من آثار الفرقة العدة ، وهي مدة تتربصها المرأة عقب وقوع سبب من أسباب الفرقة ، فيمتنع على المرأة أن تتزوج بغير زوجها حتى تنقض هذه المدة[2] • والحكمة منها التأكد من براءة الرحم منعا لاختلاط الانساب • وقد عرف العرب العدة ، فقد كان من عاداتهم أن المرأة اذا فارقت زوجها بطلاق أو بموت لزمتها العدة ، وكانوا يجعلون عدة الوفاة سنة كاملة[3] • وقد أقرت الشريعة الاسلامية نظام العدة وبينت مقاديرها بصورة مضبوطة بالنسبة لمختلف النساء ، فجعلتها ثلاثة قروء بالنسبة لذوات الحيض[4] ، وثلاثة أشهر بالنسبة للمرأة التي لا تحيض لكبر سنها أو لصغرها ، وأربعة أشهر وعشرة أيام بالنسبة للمتوفى عنها زوجها ، ووضع الحمل بالنسبة للحامل ، ولا عدة على المرأة قبل الدخول بها •

ثالثا ـ الوصية والميراث :

٣٩ـ الوصيـــة :

الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت[5] • وقد عرف العرب هذا التصرف القانوني ، وكانوا يجيزون الوصية للوارث وغيره ، ودون تحديد لمقدارها ، وقد أقر الاسلام مبدأ الوصية وجعلها في حدود ثلث تركة الموصي

---

(١) سورة المجادلة ، الآيات ٢ ـ ٤

(٢) فرق الزواج ص٣٢٧ ـ ٣٢٨

(٢) الاوضاع التشريعية ص٦٠

(٤) ثلاثة قروء ، أي ثلاث حيض أو ثلاثة أظهار على اختلاف بين المفسرين •

(٥) الدر المختار ج٥ ص٥٦٨

وما زاد على الثلث موقوف على اجازة الورثة ، كما أجازها بالنسبة لغير الورثة وجعلها نافذة ، أما بالنسبة للوارث فقد جعلها موقوفة على اجازة بقية الورثة[1] .

٤٠ ـ الميراث :

الارث من أسباب نقل الملكية فتنتقل الاموال والحقوق المالية من المورث بعد موته الى ورثته بطريق الخلافة بحكم الشرع بعد ايفاء الحقوق المتعلقة بتركة الميت[2] . وقد عرف العرب الارث كسبب من أسباب الملكية ، وكانوا يتوارثون بشيئين : النسب ، والسبب . والذين يستحقون الميراث بالنسب أي بالقرابة هم الابناء الكبار الذين يقاتلون على الخيل ويحملون السيوف ويحوزون الغنيمة ، وكانوا يعطون الميراث الاكبر فالاكبر ، على ما ذكره الامام الطبري في تفسيره ، فان لم يوجد أحد من الابناء كان المستحق أقرب أولياء المتوفى من العصبة كالاخ والعم ونحوهما . وما كانوا يورثون النساء ولا الصغار ذكورا كانوا أو اناثا . أما التوارث بالسبب فيتضمن التوارث بسبب التبني والحلف والمعاقدة . فلما جاء الاسلام تركهم برهة من الدهر على عوائدهم في الميراث ثم نسخ الميراث بالتبني . قال تعالى : « وما جعل أدعياءكم أبناءكم »[3] . « ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم في الدين ومواليكم »[4] . ثم جعل الاسلام في أول الامر التوارث بسبب الهجرة ، فالمهاجرون من مكة الى المدينة يتوارثون فيما بينهم ، وكذلك جعل الاسلام الاخوة التي آخى بها رسول الله (ص) بين المهاجرين والانصار سببا من أسباب الميراث ثم نسخ الاسلام الهجرة والمؤاخاة كسببين من أسباب الميراث . قال تعالى : « وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله من المؤمنين والمهاجرين »[5] فصار الميراث في الشريعة الاسلامية

(١) الجصاص ج١ ص١٦٤ وما بعدها ، الاوضاع التشريعية ص٦٨
(٢) كتابنا أحكام الذميين والمستأمنين في دار السلام ص٥١٧
(٣) سورة الاحزاب ، الآية ٤
(٤) سورة الاحزاب ، الآية ٥
(٥) سورة الاحزاب الآية ٦

بسبب القرابة على النحو المفصل في كتاب الله وسنة رسوله ، وحسب السهام التي أقرتها الشريعة الاسلامية لهم ، وقد دخل في هذا التنظيم الاناث ، والصغار ، فالمرأة ترث والصغير يرث وبهذا ألغي نظام الجاهلية الظالم الذي حرم المرأة والصغار من الميراث . واعتبرت الشريعة الاسلامية أيضا الزوجية سببا من أسباب الارث فالزوجان يتوارثان بسبب الزوجية ، وكذلك جعلت الشريعة ولاء العتاقة سببا للميراث فالمعتق يرث عتيقه ، أما الارث بالحلف والموالاة فمنسوخ عند جمهور الفقهاء ، وثابت عند بعضهم غير منسوخ[1] .

ويلاحظ أن ما جرى عليه عرب الجاهلية من حرمان النساء مطلقا والصغار من الذكور من الميراث كان يتفق والنظام الاجتماعي عندهم ، فقد اعتبروا الغارة والغزو من أهم أسباب كسب المال ولا يقوى على ذلك الا الرجال فكان من المعقول في نظرهم أن يخصوهم بالميراث دون النساء والصغار ، وفاتهم أن العدالة والمعقول أن يحصل الصغار والنساء شيئا من الميراث لحاجتهم الى العون المادي ولان المال قد يكسب بغير سبب الغارات والسلب[2] ، فجاء الاسلام وأرجع الامور الى نصابها وأعطى كل ذي حق حقه ، وأزال الحيف والظلم عن النساء والصغار فأشركهم في الميراث .

ثانيا ـ في المعاملات

٤١ ـ عرف العرب قبل الاسلام أنواع المعاملات كالشركة والمضاربة والرهن والبيع ونحو ذلك ، ونذكر فيما يلي بعض الآثار الدالة على معرفتهم لبعض عقود المعاملات ونذكر ما أقر الاسلام منها وما أبطل .

١ ـ عقد الشركة : كان معروفا عندهم ، يدل على ذلك ما جاء في السيرة النبوية : « وكان ـ أي الرسول محمد (ص) ـ قبل بعثته يشارك السائب بن أبي السائب ، فلما كان يوم الفتح ـ أي فتح مكة ـ جاءه فقال عليه السلام :

---

(١) تفسير الطبري ج٨ ص ٣٢ ، الجصاص ج٢ ص ٧٣ ـ ٧٧ ، تفسير القرطبي ج٥ ص ٧٩ .

(١) التركة والميراث في الاسلام للدكتور محمد يوسف موسى ص٢٤

مرحبا بأخي وشريكي كان لا يداريء ولا يماريء »[1] . وقد أقر الاسلام عقد الشركة ووضح الفقهاء شروط هذا العقد وآثاره .

٢ ـ عقد المضاربة : ويسمى أيضا بالقراض . ومعناه أن يقدم ذو المال ماله الى من يتجر به على جزء معين من الربح . وكان هذا العقد معروفا عند العرب وشائعا عند قريش ، فقد كان أهل مكة يقدمون مالهم مضاربة لمن يتجر به وكان لقريش رحلتان تجاريتان كبيرتان الاولى الى اليمن في الشتاء والثانية الى الشام في الصيف ، وقد أشار القرآن الى هذا . وقد أقر الاسلام عقد المضاربة[2] .

٣ ـ وعرفوا عقد السلم وأقرهم الاسلام عليه ، فقد جاء في الحديث الشريف عن ابن عباس ، قال : قدم النبي (ص) المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين ، فقال : من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم » والسلم بيع معدوم وقت العقد على أن يسلمه البائع فيما بعد في وقت معين[3] .

٤ ـ القرض والربا : وعرفوا عقد القرض ، وكانوا يجرونه بالربا ، فكانوا يتداينون الى أجل بزيادة مشروطة فكانت الزيادة بدلا من الاجل ، واذا ما حل وقت الاداء قال الدائن للمدين أد أو أرب ، فان لم يؤد زاد الدائن شيئا على الدين وهكذا يتضاعف الدين على المدين ، فحرم الاسلام هذا كله ونهاهم عن الربا بجميع أنواعه[4] ، قال تعالى : « وأحل الله البيع وحرم الربا »[5] . « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة واتقوا الله لعلكم تفلحون »[6] . وقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اتقوا

---

(١) أمتاع الاسماع للمقريزي ص ٨ ـ ٩ ومعنى لا يداريء ، أي لا يخاصم .

(٢) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ج٣ ص٣٤٦

(٣) نيل الاوطار للشوكاني ج٥ ص٢٢٦

(٤) الجصاص ج١ ص٤٦٤ ، تاريخ التشريع الاسلامي للخضري ص ٩٥ .

(٥) سورة البقرة ، الآية ٢٧٥

(٦) سورة آل عمران ، الآية ١٣٠

الله وذروا ما بقي من الربا ان كنتم مؤمنين • فان لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله وان تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون »[1] •

وأكد الرسول (ص) تحريم الربا في خطبة حجة الوداع ، فقد جاء فيها : « ••• ألا ان كل شيء من أمر الجاهلية تحت قدمي موضوع ••• وربا الجاهلية موضوع كله وأول ربا أضعه ربا عباس بن عبدالمطلب »[2] •

وهكذا أزالت الشريعة الاسلامية عادة الربا وطهرت المجتمع من فساده ، الذي لا يتفق وما يجب أن يقوم عليه المجتمع من تعاون وتضامن وترفع عن استغلال حاجة المحتاجين •

٥ ـ الرهن : وعرفوا عقد الرهن الحيازي ، وكان عندهم يجوز أن يتملك المرتهن المرهون اذا حل أجل الدين ولم يدفعه المدين (الراهن) • ويتم هذا التملك بالشرط عند الرهن أو بناء على العرف الجاري ، وقد نهى الاسلام عن هذا فقد جاء في الحديث « لا يغلق الرهن » أي لا يتملكه المرتهن اذا لم يسدد الراهن الدين في ميعاده[3] •

٦ ـ البيوع : وعرفوا أنواعا من البيوع ، فأقرهم الاسلام على البيوع الصحيحة القائمة على التراضي ، وأبطل منها ما يخالف قاعدة التراضي أو ما فيه غرر أو أكل مال الغير بالباطل • فمن هذه البيوع التي أبطلها الاسلام :

آ ـ بيع المنابذة والملامسة وبيع الحصاة : وهذه بياعات كان أهل الجاهلية يتعاملون بها ، فكان أحدهم اذا لمس السلعة أو ألقى الثوب الى صاحبه أو وضع عليه حصاة وجب البيع ، فكان وقوع الملك متعلقا بغير الايجاب والقبول ، بل بفعل آخر يفعله أحدهما فأبطله الاسلام ، فقد جاء في الحديث الشريف أن النبي (ص) نهى عن بيع الحصاة وعن الملامسة والمنابذة في البيع[4] • وقال البعض في تفسير بيع الحصاة هو أن يقول بعتك من هذه الاثواب ما وقعت عليه هذه الحصاة ويرميها ، أو من هذه الارض

---

(١) سورة البقرة ، الآيات ٢٧٨ ، ٢٧٩

(٢) أمتاع الاسماع للمقريزي ج١ ص٥٢٢ ـ ٥٢٣

(٣) الجصاص ج١ ص ٥٢٨

(٤) الجصاص ج١ ص٥٣٠

ما انتهت اليه في الرمي • وبيع الملامسة هو أن يقول الرجل للرجل أبيعك ثوبي بثوبك ولا ينظر أحد منهما الى ثوب الآخر ولكن يلمسه لمسا • والمنابذة أن يقول أنبذ ما معي وتنبذ ما معك فيشتري كل واحد منهما من الآخر ولا يدري كم مع الآخر[1] •

ب ـ بيع النجش : وكان مألوفا عندهم ، ومعناه ، على ما فسره الشافعي، أن يحضر الرجل السلعة تباع فيعطى بها ثمنا وهو لا يريد شراءها ليقتدي به السوام فيدفعون بها أكثر مما كانوا يعطون لو لم يسمعوا سومه • ويقع النجش بمواطأة البائع وقد يقع بغير علمه ، فنهي النبي (ص) عن ذلك ، فقد جاء في الحديث : نهي النبي (ص) عن النجش[2] •

ج ـ بيع المدين : أجاز العرف الجاهلي أن يبيع الدائن مدينه استيفاء للدين اذا لم يسدد المدين الدين في ميعاده ، فجاء الاسلام وحرم هذه العادة لان الدين يتعلق بذمة المدين ويستحق الدائن بهذا التعلق المطالبة ولا سلطان له على المدين بالبيع ونحوه[3] •

ثالثا ـ القصاص والديات

٤٢ ـ كان القصاص من الجاني معروفا عند العرب ، ولكنهم ما كانوا يقفون عند حد القصاص من الجاني نفسه ، بل يتجاوزون بذلك الى جميع أفراد القبيلة ، فكانت قبيلة الجاني ، في نظرهم ، مسؤولة عن جريمته • فجاء الاسلام وحدد المسؤولية وقصرها على الجاني نفسه ، فعليه يجب القصاص دون غيره قال تعالى : « ألا تزر وازرة وزر أخرى » ، وبهذا أقر الاسلام مبدأين ، الاول القصاص ، والثاني قصره على الجاني وحده ، وبين الحكمة من تشريع القصاص ، بأن فيه حقنا للدماء وردعا للمجرمين « ولكم في القصاص حياة يا أولي الالباب لعلكم تتقون » • وكان ولي المجني عليه (القتيل) هو صاحب الحق في المطالبة بالقصاص من الجاني ، فأقر

(١) نيل الاوطار ج٥ ص١٤٧ ، ١٥٠
(٢) نيل الاوطار ج٥ ص١٦٦
(٣) الاوضاع التشريعية ص٦١

الأسلام هذا النظام العربي القديم وأبقاه اذ جعل الولاية في طاب القصاص لولي المقتول[1] .

وكان نظام الديات معمولا به عند العرب ، ويعتبرونه من جميل أفعالهم فأقرهم الاسلام على هذا النظام وجعل الدية في القتل الخطأ على عاقلة الجاني أي على عصبته من رجال قبيلته . ويدفعونها في ثلاث سنوات واعتبر تحمل العصبة مبلغ الدية مع القاتل من قبل المواساة والتعاون[2] . وجعل الاسلام الدية في القتل العمد أيضا اذا رضي بها أولياء المقتول ويتحملها في هـذه الحالة الجاني وحده .

رابعا ـ في البينات

القسـامة :

٤٣ ـ جاء في الحديث الشريف أن النبي (ص) أقر القسامة على ما كانت عليه في الجاهلية ، والقسامة مصدر أقسم والمراد بها الايمان عند الفقهاء ، وصورتها ، على ما ذكره بعض الفقهاء ، أن يوجد قتيل في قرية أو بمحلة ولا يعرف قاتله ، وهناك شبهة تدعو الى الظن ان قاتله من أهل تلك القرية أو المحلة ، فيحق لأولياء المقتول تحليف خمسين رجلا من أهل تلك المحلة خمسين يمينا ما قتلناه ولا علمنا قاتله ، فان حلفوا لزمتهم الدية وان أبوا الحلف حبسوا حتى يحلفوا أو يقروا[3] .

اليمين في الدعاوى :

٤٤ ـ وكان من عوائد العرب قبل الاسلام ، أن يقيم المدعي البينة على صحة دعواه فان لم يتمكن فله أن يحلف المدعى عليه ، وقد أقر الاسلام هذا المبدأ فقد جاء في الحديث: «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر»[4] .

---

(١) الخضري ص٩٧
(٢) الجصاص ج٢ ص٢٢٦ ـ ٢٢٧ ، الخضري ص٩٨
(٣) نيل الاوطار ج٧ ص٣٦ ـ ٣٧
(٤) الاوضاع التشريعية ص٢٩

الفصل الثاني

الشريعة الاسلامية
تعريفها وبيان خصائصها

٤٥ ـ الشريعة في اللغة المذهب والطريقة المستقيمة ، وشرعة الماء أي مورد الماء الذي يقصد للشرب ، وشرع أي نهج وأوضح وبين المسالك ، وشرع لهم يشرع شرعا أي سن[١] . وفي الاصطلاح الشرعي : ما شرع الله لعباده من الدين ، أي من الاحكام المختلفة[٢] . وسميت هذه الاحكام شريعة لاستقامتها ولشبهها بمورد الماء لان بها حياة النفوس والعقول كما أن في مورد الماء حياة الابدان .

والشريعة والدين والملة بمعنى واحد ، وهو ما شرعه الله لعباده من أحكام ، ولكن هذه الاحكام تسمى شريعة باعتبار وضعها وبيانها واستقامتها ، وتسمى دنيا باعتبار الخضوع لها وعبادة الله بها ، وتسمى ملة باعتبار املائها على الناس[٣] .

أما الاسلام فمعناه الانقياد والاستسلام لله تعالى ، ثم خص استعماله بالدين الذي أرسل الله به نبيه محمدا (ص) ، وبهذا المعنى وردت كلمة الاسلام في قوله تعالى : « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي

---

(١) المختار من صحاح اللغة ص٢٦٥ ، تفسير القرطبي ج١٦ ص١٠

(٢) تفسير القرطبي ج١٦ ص١٦٣ ، شرح المنار في الاصول ص١٢ ، تاريخ التشريع الاسلامي للاستاذ محمد سلام مدكور ص١١ وهوامشها .

(٣) تفسير المنار للشيخ محمد رشيد رضا رحمه الله ج٣ ص٢٥٧ ، وشرح المنار ص١٢ .

ورضيت لكم الاسلام دينا »[١] • وقوله تعالى : « ومن يبتغ غير الاسلام دينا فلن يقبل منه وهو في الآخرة من الخاسرين »[٢] •

وعلى هذا ، فالشريعة الاسلامية في الاصطلاح الشرعي هي : الاحكام التي شرعها الله لعباده ، سواء أكان تشريع هذه الاحكام بالقرآن أم بسنة النبي محمد (ص) من قول أو فعل أو تقرير[٣] • فالشريعة الاسلامية ، اذن ، في الاصطلاح ليست الا هذه الاحكام الموجودة في القرآن الكريم ، وفي السنة النبوية والتي هي وحي من الله الى نبيه محمد (ص) ليبلغها الى الناس •

خصائص الشريعة الاسلامية :

٤٦ ـ للشريعة الاسلامية خصائص تميزها من غيرها ، ونحن لا نريد أن نذكرها حصرا ثم نأتي عليها تفصيلا ، وانما نريد أن نذكر أهمها مع بيان موجز لها • وأهم هذه الخصائص كونها من عند الله ، وان الجزاء فيها دنيوي وأخروي ، وانها عامة في المكان والزمان ، شاملة لجميع شؤون الحياة •

أولا ـ الشريعة من عند الله :

٤٧ ـ مصدر الشريعة الاسلامية هو الله تعالى ، فهي وحيه الى رسوله محمد (ص) باللفظ والمعنى وهو القرآن أو بالمعنى دون اللفظ وهو السنة[٤] فهي بهذا الاعتبار تختلف اختلافا جوهريا عن جميع الشرائع الوضعية لان مصدر هذه الشرائع البشر ومصدر الشريعة الاسلامية رب البشر • وقد ترتب على هذا الخلاف الجوهري جملة نتائج منها :

---

(١) سورة المائدة ، الآية ٣

(٢) سورة آل عمران ، الآية ٨٥

(٣) تفسير القرطبي ج١٦ ص١٦٣ ، الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف موسى ص٧ •

(٤) Dr. Said. Ramadan, Islamic Law, its Scope and Equity, p.42

٤٨ ـ أولا : أن مبادىء الشريعة وأحكامها خالية من معاني الجور والنقص والهوى لان صانعها هو الله ، والله له الكمال المطلق الذي هو من لوازم ذاته ، بخلاف القوانين الوضعية التي لا تنفك عن هذه المعاني لانها صادرة عن الانسان ، والانسان لا يخلو من معاني الجهل والجور والنقص والهوى وما الى ذلك . وحسبنا أن نذكر هنا مثالا واحدا يدل على صدق ما نقول .

جاءت الشريعة بمبدأ المساواة بين الناس بغض النظر عن اختلافهم في اللون أو الجنس أو اللغة[1] وجعلت أساس التفاضل بينهم العمل الصالح ومقدار ما يقدمه الفرد من خير ، قال تعالى « يا أيها الناس انا خلقناكم من ذكر وانثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا ان أكرمكم عند الله أتقاكم »[2] وهذا المبدأ الاصيل جاءت به الشريعة في وقت كانت العصبية للجنس والقبيلة هي الاساس في المجتمع وفي تمايز الناس وتفاضلهم ، وقد طبق هذا المبدأ العادل القويم واجتث جذور العصبية ولم يعد هناك امتياز للون أو الجنس « فلا فضل لعربي على أعجمي الا بالتقوى » كما قال الرسول الكريم (ص)[1] . وصار الجميع متساوين أمام القانون ، حتى أن الرسول (ص)

---

(١) ومبدأ المساواة يطبق أيضا على المختلفين في العقيدة مع مراعاة جانب العقيدة . فالدولة الاسلامية تلزم المسلم باداء الزكاة ولا تلزم غير المسلم « الذمي » بادائها ، وتمنع المسلم من اكل لحم الخنزير والتجارة به وتعتبر ذلك جريمة وهي تبيحه للذمي ، وتقر الذمي على نكاحه وان كان مخالفا لما يشترطه القانون الاسلامي بينما تمنع ذلك بالنسبة للمسلم وكل ذلك مراعاة لجانب العقيدة وهذا هو التطبيق السليم الدقيق العادل لمبدأ المساواة . فليس من المساواة حمل الناس على خلاف عقائدهم ولهذا كانت القاعدة في الشريعة بالنسبة للذميين : لهم ما لنا وعليهم ما علينا ، وانهم متساوون في الحقوق والواجبات مع المواطنين المسلمين الا فيما يتصل بالعقيدة او يقوم عليها كما في الامثال التي ضربناها : انظر كتابنا احكام الذميين والمستأمنين في دار الاسلام في باب حقوق الذميين .

(٢) سورة الحجرات ، الايه ٣

(٣) الحديث رواه البيهقي بهذا اللفظ (يا أيها الناس ان ربكم واحد وان أباكم واحد الا لا فضل لعربي على اعجمي ولا لاعجمي على عربي ولا لاحمر على أسود ولا لاسود على احمر الا بالتقوى) .

قال لمن استشفع لامرأة من بني مخزوم سرقت : « وايم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها »[١] . وقد بلغ تطبيق هذا المبدأ من الدقة الى حد أن النبي (ص) أنكر على من قال لمسلم غير عربي « يا ابن السوداء » واعتبر ذلك من بقايا الجاهلية وتفاخرها بالانساب والاجناس .

وفي القرن العشرين لم تستطع كثير من الدول تحقيق هذا المبدأ العادل وتطبيقه بصورة سليمة ففي الولايات المتحدة الامريكية لا تزال الفروق قائمة بين المواطنين على اساس اللون والجنس . فصاحب البشرة البيضاء اسمى منزلة واعلى قدرا من صاحب البشرة السوداء ولا مساواة بين الاثنين امام القانون ولا في التمتع بالحقوق وان كان الاثنان يحملان الجنسية الامريكية . والقانون يحمي هذا التمايز ويقره ، بل ان بعض الولايات المتحدة الامريكية تنص دساتيرها على احكام غريبة لا يستسيغها الضمير الانساني ولا يقرها عقل سليم ، فمن ذلك النص : على أن النكاح بين شخص ابيض واخر زنجي يعتبر نكاحا باطلا . والنص على ان كل من يطبع او ينشر او يوزع ما فيه حث للجمهور على اقرار المساواة الاجتماعية والتزاوج بين البيض والسود او تقديم حجج للجمهور او مجرد اقتراح في هذا السبيل يعتبر عمله جريمة يعاقب عليها القانون بغرامة لا تتجاوز خمسمائة دولار او بالسجن مدة لا تتجاوز ستة أشهر او بالعقوبتين[٢] .

٤٩ ـ ثانيا : لاحكام الشريعة هيبة واحترام في نفوس المؤمنين بها حكاما كانوا أو محكومين لانها صادرة من عند الله ومن ثم فلها صفة الدين . وما له هذه الصفة من حقه أن يحترم ويطاع طاعة اختيارية تنبعث من

---

(١) هذا جزء من حديث ورد في امرأة مخزومية سرقت فجاء اسامة بن زيد يستشفع لها عند الرسول ، فقال عليه الصلاة والسلام : أتشفع في حد من حدود الله ؟ ثم قال عليه السلام : انما أهلك الذين من قبلكم انهم كانوا اذا سرق فيهم الشريف تركوه واذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد وأيم الله لو ان فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها : تيسير الوصول الى جامع الاصول من حديث الرسول ج٢ ص١٤ .

(٢) الاستاذ علي شحاته ، الرق بيننا وبين أمريكا ص٤٩ طبعة ١٩٥٨ .

النفس وتقوم على الايمان ولا يقسر عليها الانسان قسرا . وفي هذا كله أعظم ضمان لحسن تطبيق القانون الاسلامي من الجميع وعدم الخروج عليه ولو مع القدرة على هذا الخروج . أما القوانين الوضعية فانها لا تبلغ مبلغ الشريعة في هذه الناحية أبدا ، اذ ليس لها مثل سلطانها على النفوس ولا مقدار احترام وهيبة الناس لها ، ومن ثم فان النفوس تجرأ على مخالفة القانون الوضعي كلما استطاعت الافلات من رقابة القانون وسلطة القضاء ورأت في هذه المخالفة اشباعا لاهوائها وتحقيقا لمصلحتها . ولا ريب أن قيمة القانون تقدر بصلاحه أولا ، وبمقدار احترام الناس له ومدى سلطانه على نفوسهم وطاعتهم لاحكامه ثانيا . ويكفينا هنا أن نضرب مثلا واحدا لتوضيح هذا المعنى .

كان العرب في الجاهلية مولعين بشرب الخمر ، معتادين عليها ، لا يرون في ذلك بأسا ولا منقصة . فلما جاء الاسلام أبان لهم أن اثم الخمر أكبر من نفعها المتمثل بالربح المادي المتأتي من المتاجرة فيها ، ثم أمرهم أن لا يقربوا الصلاة وهم سكارى ثم نزل حكم الله « يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون »[1] .

فكان لكلمة « فاجتنبوه » من الهيبة والاحترام والتأثير في النفوس أن انطلق أولئك المسلمون الى زقاق خمورهم يشقونها بالمدى والسكاكين ويريقون ما فيها ويفتشون في زوايا بيوتهم لعلهم يجدون بقية من خمر فاتهم أن يريقوها . هذا هو القانون الاسلامي ومدى ما يتمتع به من احترام وسلطان .

وفي القرن العشرين أرادت الولايات المتحدة الامريكية أن تخلص شعبها من مضار الخمر وتجرب ما جاء به القانون الاسلامي فشرعت في سنة ١٩٢٠ قانون تحريم الخمر ، والذي حرم على الناس بيع الخمور أو شراءها أو صنعها أو تصديرها أو استيرادها . وقد مهدت الحكومة لهذا القانون

---

(١) سورة المائدة ج٧ ، الآية ٩٠

بدعاية واسعة عن طريق السينما والتمثيل والاذاعة ونشر الكتب والرسائل وكلها تبين مضار الخمر مدعومة بالاحصائيات الدقيقة والبحوث العلمية والطبية • وقد قدر ما أنفق على هذه الدعاية (٦٥) مليونا من الدولارات ، وسودت تسعة آلاف مليون صفحة في بيان مضار الخمر والزجر عنها ، وأنفق ما قدر مجموعه أربعة ملايين ونصف من الجنيهات لاجل تنفيذ هذا القانون ، ودلت الاحصائيات للفترة الواقعة بين تاريخ تشريعه وبين تشرين الاول ١٩٣٣ أنه قتل في سبيل تنفيذ هذا القانون مائتا نسمة وحبس نصف مليون نسمة وغرم المخالفون له غرامات تبلغ مليونا ونصف المليون من الجنيهات وصودرت أموال بسبب مخالفته تقدر بأربعمائة مليون جنيه • وكان آخر المطاف أن اضطرت الحكومة الامريكية الى الغاء قانون التحريم في أواخر سنة ١٩٣٣[١] ولم تنفعها تلك الاموال الطائلة والتضحيات الجسيمة لحمل الناس على ترك الخمر الثابت ضررها ، لان القانون لم يكن له سلطان على النفوس يحملها على احترامه وطاعته • ولكن كلمة « فاجتنبوه » التي جاءت بها الشريعة الاسلامية في جزيرة العرب وبين أناس اعتادوا شربها دون أن يسبق ذلك دعاية واسعة أو نشر كتب ورسائل ألجمت الافواه عن تذوق الخمر ودفعت أولئك الناس الى اراقة خمورهم بأيديهم لا بيد شرطي أو جندي أو رقيب • فهل بعد هذا من حاجة الى دليل على صحة ما قلناه ؟

ثانيا – الجزاء في الشريعة دنيوي واخروي :

٥٠ – من خصائص القانون اقترانه بجزاء توقعه الدولة عند الاقتضاء على من يخرج على أحكامه[٢] • وهذا الجزاء قد يكون جنائيا يتمثل بأذى يصيب جسم الانسان أو يقيد حريته أو يصيب ماله بنقص « الغرامة » وقد يكون الجزاء مدنيا عن طريق جبر المدين على تنفيذ التزامه عينا أو بمقابل

---

(١) التشريع الرباني والقانون الوضعي ، للاستاذ أبي الاعلى المودودي ، من مقال له منشور في مجلة المسلمون المجلد الخامس ص٧٥٧ وما بعدها •

(٢) اصول القانون للسنهوري ص١٣

« التعويض المالى » أو يكون ببطلان الاتفاق المخالف للقانون وعدم ترتب شيء من آثاره . الا أن الجزاء بنوعيه جزاء دنيوي ينال الانسان في حياته لا في آخرته ، لان الدولة لا تملك من أمر الآخرة شيئا وبالتالى لا تضع من الجزاءات الا ما ينفذ في الدنيا .

٥١ ـ والشريعة الاسلامية تتفق مع القوانين الوضعية في أن قواعدها وأحكامها تقترن بجزاء يوقع على المخالف ، ولكنها تختلف معها في أن الجزاء فيها اخروي ودنيوي ، بل أن الاصل في أجزيتها هو الجزاء الآخروي ، ولكن مقتضيات الحياة وضرورة استقرار المجتمع وتنظيم علاقات الافراد على نحو واضح بين مؤثر وضمان حقوقهم كل ذلك دعا الى أن يكون مع الجزاء الآخروي جزاء دنيوي . وهذا الجزاء الدنيوي منه ما يكون جنائيا ومنه ما يكون مدنيا كما هو الحال في القوانين الوضعية ، وان كان نطاقه أوسع من نطاق الجزاء في القانون الوضعي نظرا لشمول القانون الاسلامي لجميع شؤون الافراد ومنها الدينية والاخلاقية خلافا للقانون الوضعي .

٥٢ ـ والجزاء الآخروي يترتب على كل مخالفة لاحكام الشريعة ، سواء أكانت من أعمال القلوب أو من أعمال الجوارح ، وسواء أكانت من مسائل المعاملات المالية أو من مسائل الجنايات وسواء عوقب عليها الانسان في الدنيا أو لم يعاقب ما لم تقترن مخالفته بتوبة نصوح وتحلل من حق الغير ، وهذا ما تشير اليه النصوص الكثيرة منها ان الله تعالى بعد أن بين أحكام المواريث ونصيب كل وارث قال : « تلك حدود الله ومن يطع الله ورسوله يدخله جنات تجري من تحتها الانهار خالدين فيها وذلك الفوز العظيم . ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله نارا خالدا فيها وله عذاب مهين[1] .

وفي جريمة قطع الطريق ، يقول الله تعالى : « انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الارض ذلك لهم خزي في

(١) سورة النساء ج٤ ، الآية ١٣ و ١٤

الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم »[1] . وفي الاخلاق يقول الله تعالى : « ويل لكل همزة لمزة »[2] .

وفي أكل مال الغير بالباطل يقول الله تعالى « ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما انما يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون سعيرا »[3] . وقد ترتب على هذا أن المسلم يخضع لاحكام الشريعة خضوعا اختياريا في السر والعلن خوفا من عقاب الله ، وحتى لو استطاع أن يفلت من عقاب الدنيا ، واذا ما اقترف جريمة في غفلة من ايمانه طلب اقامة العقوبة عليه بمحض اختياره ، فهذا ما عز اعترف أمام الرسول (ص) بجريمة الزنى وطلب اقامة الحد عليه . وهكذا تنزجر النفوس عن مخالفة القانون الاسلامي أما بدافع الاحترام له واستشعار الحياء من الله وأما بدافع الخوف من العقاب الآجل الذي ينتظر المخالفين « يوم تجد كل نفس ما عملت من خير محضرا وما عملت من سوء تود لو أن بينها وبينه أمدا بعيدا »[4] « فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره ومن يعمل مثقال ذرة شرا يره »[5] وفي هذا وذاك أعظم ضمان لزجر النفوس عن المخالفة وكفها عن العصيان .

ثالثا – عموم الشريعة وبقاؤها :

٥٣ – الشريعة الاسلامية عامة لجميع البشر في كل مكان وزمان ، قال تعالى : « قل يا أيها الناس اني رسول الله اليكم جميعا »[6] . « وما أرسلناك الا كافة للناس بشيرا ونذيرا »[7] وهي باقية لا يلحقها نسخ ولا تغيير لان الناسخ يجب أن يكون بقوة المنسوخ أو أقوى منه فلا ينسخ الشريعة وهي تشريع من الله الا تشريع آخر من الله ، وحيث ان الشريعة

---

(١) سورة المائدة ج٦ ، الآية ٣٣
(٢) سورة الهمزة ج٣٠ ، الآية ١
(٣) سورة النساء ج٤ ، الآية ١٠
(٤) سورة آل عمران ج٣ ، الآية ٢٩
(٥) سورة الزلزلة ج٣٠ ، الآية ٧ و ٨
(٦) سورة الاعراف ، الآية ١٥٨
(٧) سورة سبأ ج٢٢ ، الآية ٢٨

الاسلامية خاتمة الشرائع ومحمد (ص) خاتم النبيين ، قال تعالى : « ما كان محمد أبا أحد من رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين » فلا يتصور أن ينسخها أو يغيرها شيء •

٥٤ ـ وعموم الشريعة وبقاؤها وعدم قابليتها للنسخ والتبديل كل ذلك يستلزم عقلا أن تكون قواعدها وأحكامها على نحو يحقق مصالح الناس في كل عصر ومكان ويفي بحاجاتهم ولا يضيق بها ولا يتخلف عن أي مستوى عال يبلغه المجتمع وهذا كله متوفر في الشريعة الاسلامية لان الله تعالى وهو العليم اذ جعلها عامة في المكان والزمان وخاتمة لجميع الشرائع ، جعل قواعدها وأحكامها على نحو يجعلها صالحة لكل زمان ومكان ، وهذا ما يدل عليه واقع الشريعة ومصادرها وطبيعة مبادئها وأحكامها وما ابتنت عليه هذه الاحكام • ولا بد هنا من بيان موجز كل الايجاز لتجلية هذا المعنى واثبات صحة ما نقول بالادلة والبراهين •

٥٤ـ البرهان الاول ـ ابتناء الشريعة على جلب المصالح ودرء المفاسد :

الشريعة ما وضعت الا لتحقيق مصالح العباد في العاجل والآجل ودرء المفاسد عنهم[١] حتى أن بعض الفقهاء قال وقوله حق : « ان الشريعة كلها مصالح ، أما درء مفاسد أو جلب مصالح »[٢] •

وهذه الحقيقة أو هذا الوصف ، أمر ثابت للشريعة يدل عليه استقراء نصوصها وما ابتنت عليه أحكامها ونذكر بعض ذلك فيما يلي :

(أولا) قال تعالى في تعليل رسالة محمد (ص) : « وما أرسلناك الا رحمة للعالمين »[٣] والرحمة تتضمن رعاية مصالح العباد ودرء المفاسد عنهم •

(ثانيا) تعليل الاحكام بجلب المصلحة ودرء المفسدة لاعلام المكلفين ان تحقيق المصالح هو مقصود الشارع وان الاحكام ما شرعت الا لهذا الغرض • فمن ذلك قوله تعالى «ولكم في القصاص حياة يا أولي الالباب»[٤]

---

(١) الموافقات للشاطبي ج٢ ص٦ ، ٣٧
(٢) قواعد الاحكام للعز بن عبدالسلام ج١ ص٩
(٣) سورة الانبياء ج١٧ ، الآية ١٠٧
(٤) سورة البقرة ج٢ ، الآية ١٨

وقوله : « انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون »[1] وقوله تعالى : « وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم »[2] وارهاب العدو مصلحة لانه ينكف عن عدوانه على المسلمين اذا رأى قوتهم . ومثل قوله تعالى : « ويسألونك عن المحيض ، هل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن »[3] .

وقوله عليه السلام : « يا معشر الشباب من استطاع الباءة فليتزوج فانه أغض للبصر وأحصن للفرج .. »[4] .

(ثالثا) تشريع الرخص عند وجود مشقة في تطبيق الاحكام من ذلك اباحة النطق بكلمة الكفر عند الاكراه عليها حفظا لمصلحة بقاء النفس ، وأبيح المحرم عند الضرورة كأكل الميتة ولحم الخنزير وشرب الخمر ، واباحة الفطر في رمضان للمسافر والمريض ونحو ذلك . ولا شك أن دفع المشقة ضرب من ضروب رعاية المصلحة ودرء المفسدة وكذا التدرج في التشريع ونسخ الاحكام كل ذلك مبناه ملاحظة المصلحة كما سيأتي بيانه فيما بعد .

(رابعا) وجد بالاستقراء أن مصالح العباد تتعلق بامور ضرورية أو حاجية أو تحسينية ، فالاولى هي التي لا قيام لحياة الناس بدونها واذا فاتت حل الفساد وعمت الفوضى واختل نظام الحياة ، وهذه الضروريات هي : حفظ الدين والنفس والعقل والعرض والمال . وبعضهم يجعل مع العرض النسل . والحاجيات هي التي يحتاج اليها الناس ليعيشوا بيسر وسعة واذا فاتتهم لم يختل نظام الحياة ولكن يصيب الناس ضيق وحرج .

وأما التحسينيات فهي التي ترجع الى محاسن العادات ومكارم الاخلاق

---

(١) سورة المائدة ج٧ ، الآية ٩١
(٢) سورة الانفال ج١٠ ، الآية ٦٠
(٣) سورة البقرة ج٢ ، الآية ٢٢٢
(٤) الباءة مؤنة الزواج وما يقتدر به عليه

واذا فاتت فلا يختل نظام الحياة ولا يصيب الناس حرج ولكن تخرج حياتهم عن النهج الاقوم وما تستدعيه الفطر السليمة والعادات الكريمة .

والشريعة جاءت أحكامها لتحقيق وحفظ الضروريات والحاجيات والتحسينيات وبهذا حفظت مصالحهم .

فالدين شرع لاقامته العبادات ، وشرع لحفظه الجهاد وعقوبة المرتد والحجر على المفتي الماجن ، وزجر من يفسد على الناس عقيدتهم .

والنفس شرع لايجادها النكاح وشرع لحفظها القصاص على من يعتدي عليها وتحريم القاء النفس في التهلكة ، ولزوم دفع الضرر عنها .

والعقل شرع لحفظه تحريم الخمر وعقوبة شاربها . والنسل شرع لايجاده الزواج وشرع لحفظه عقوبة الزنى والقذف وحرمة اجهاض المرأة الحامل الا لضرورة وعقوبة الزنى والقذف فيها حفظ الاعراض أيضا .

والمال شرع لتحصيله أنواع المعاملات من بيع وشراء وشركة ونحو ذلك . وشرع لحفظه حرمة أكل مال الناس بالباطل أو اتلافه والحجر على السفيه وتحريم الربا ، وعقوبة السرقة . والحاجيات شرعت لها الرخص عند المشقة ، كالفطر للمريض ، وفي المعاملات شرع السلم (وهو بيع معدوم) وكذا الاستصناع دفعا للضيق والحرج عن الناس ، وان لم تجر هذه العقود على القواعد العامة . وشرع الطلاق للخلاص من حياة زوجية لم تعد تطاق أو لوجود ما يدعو للفرقة . وفي العقوبات شرعت الدية (الضمان المالى) في القتل الخطأ على أقارب القاتل الذكور من جهة الاب (عاقلته) تخفيفا عن المخطيء .

وفي التحسينيات شرعت الطهارة للبدن والثوب ، وستر العورة ، وأخذ الزينة عند كل مسجد والنهي عن بيع الانسان على بيع أخيه ، والنهي عن قتل الاطفال والنساء في الحروب ونحو ذلك .

فاستقراء نصوص الشريعة يدل على أن الشارع ما قصد بتشريعه الاحكام للناس الا الحفظ لهذه الضروريات والحاجيات والتحسينيات ،

وهذه هي مصالحهم • واذا تعارضت المفاسد والمصالح رجح أعظمها فان كان الاعظم مفسدة شرع الحكم لدفعها وان كان الاعظم مصلحة شرع الحكم لجلبها ، فقتل القاتل مفسدة لان فيه تفويت حياته ولكنها جازت لان فيها تحقيق مصلحة أعظم وهي حفظ حياة الناس على العموم • وكشف العورة مفسدة ولكن اذا احتاج الانسان الى اجراء عملية جراحية جاز ذلك لان مصلحة حفظ النفس أعظم من مفسدة كشف العورة ، وترك المحتكر دون اعتراض عليه مصلحة له لان في ذلك تحصيل الربح له ولكن فيه مفسدة أعظم وهو الاضرار بالناس فشرع المنع من الاحتكار • والدفاع عن البلاد يعرض النفوس الى القتل وهذه مفسدة ولكن ترك الاعداء يدخلون البلاد ويستعمرونها مفسدة أعظم فكان في دفعها مصلحة أعظم من مفسدة تعرض المدافعين للقتل فشرع الجهاد لهذه المصلحة العظمى أو لدرء تلك المفسدة الكبرى • وهكذا تجري أحكام الشريعة على نمط واحد وعلى أساس واحد هو جلب المصالح ودرء المفاسد •

وعلى هذا فكل مصلحة مشروعة تطرأ أو مفسدة تظهر فان الشريعة تبيح ايجاد الحكم لتحقيق تلك المصلحة ودرء هذه المفسدة ، لان الشريعة كما يقول الامام ابن القيم : « مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد ، وهي عدل كلها ورحمة كلها ومصالح كلها وحكمة كلها ، فكل مسألة خرجت من العدل الى الجور وعن الرحمة الى ضدها وعن المصلحة الى المفسدة وعن الحكمة الى العبث فليست من الشريعة وان أدخلت فيها بالتأويل ، فالشريعة عدل الله بين عباده ورحمته بين خلقه »[١] • فالشريعة الاسلامية لا يمكن أبدا أن تضيق بحاجات الناس وتحقيق مصالحهم لانها جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها وتعطيل المفاسد وتقليلها[٢] ومن ثم فهي صالحة لكل زمان ومكان •

---

(١) اعلام الوقعين لابن القيم ج٣ ص١

(٢) منهاج السنة النبوية للامام ابن تيمية ج١ ص١٤٧ ، و ج٢ ص٢٤٠ ، و ج٣ ص١٥٨ •

٥٥- البرهان الثاني - مبادىء الشريعة وطبيعة أحكامها :

أحكام الشريعة نوعان ، الاول جاء على شكل أحكام تفصيلية ، والثاني على شكل قواعد ومبادىء عامة ، وكلا النوعين جاء على نحو يوافق كل مكان وزمان ويتفق مع عموم الشريعة وبقائها ، وهاك البيان بايجاز .

النوع الاول : الاحكام التفصيلية ، وهـذا أما أن يتعلق بالعقيدة والعبادات أو بالاخلاق أو ببعض المسائل الخاصة بعلاقات الافراد فيما بينهم .

٥٦ - فأحكام العقيدة كالايمان بالله واليوم الآخر ونحو ذلك ، لا يتصور مجيء عصر يستغني فيه البشر عنها ، لانها - أي هذه الاحكام - تبين حقائق ثابتة ، وشأن هذا النوع من الحقائق الثبات والبقاء . ومسائل العبادة تنظم علاقة الفرد بربه على شكل معين ، وهذا التنظيم يحتاجه الانسان في كل زمان ، لان هـذه العبادة من لوازم مخلوقيته لخالق عظيم أراد أن يكون اتصال مخلوقه به على هذا النحو فضلا عن أن لاشكال هذه العبادة فائدة دنيوية تظهر في صلاح النفس وما ينتج عن ذلك من صلاح المجتمع ، وحسبنا أن نذكر مثلا على ذلك الصلاة ، فقد قال الله عنها : « ان الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر » وانزجار الانسان عن الفحشاء والمنكر مصلحة ظاهرة للجماعة . والزكاة وهي عبادة تنظم علاقة الفرد بربه من جهة المال ، وفيها مصلحة واضحة للجماعة وكذا الحج اذ فيه اجتماع عام وتعارف وتدارس للاحوال ، وهكذا بقية العبادات .

٥٧ - والاخلاق عنصر أصيل في تقويم شؤون الحياة وصلاح المجتمع ولا يغني عنها أي تقدم في مجال الثقافة والعلوم وآية ذلك ما نجده في العالم في الوقت الحاضر فان الازمة التي يمر بها ازمة أخلاقية في أساسها وجوهرها وليس هنا محل تفصيل ذلك . وعليه فالشريعة في تأكيدها على جانب الاخلاق وفي تشريعها للاحكام الخلقية انما هدفت الى ارساء قواعد المجتمع على أسس قويمة وأقامت صرح الاصلاح ابتداء من النفس .. والاخلاق بعد هذا كله معان ثابتة يحتاجها الانسان السوي ولا يتصور أن يجيء يوم يقال فيه ان الصدق والعدل والوفاء بالعهد وترك الظلم معان فاسدة لا تليق بانسان

متمدن ، اللهم الا اذا ارتد البشر الى حياة الغاب وانتكاس الفطرة .

٥٨ – أما الاحكام التفصيلية الاخرى المتعلقة بعض علاقات الافراد فيما بينهم فهي أيضا غير قابلة للتبديل لان تفصيلها بني على أساس أن الحاجة اليها تبقى قائمة في كل زمان ولكل جماعة وان غيرها لا يسد مسدها ولا يحقق المصلحة للناس . فمن هذه الاحكام تنظيم الاسرة وكيفية الزواج وحق الحضانة والولاية ونحو ذلك من شؤون الاسرة ، فالنكاح جاء تنظيمه غاية في البساطة وخاليا من الشكلية والطقوس ومن ثم فهو صالح لكل زمان ومكان ، فيكفي فيه ايجاب من الرجل أو المرأة وقبول من الآخر مع شهود على هذا الاتفاق تمييزا له عن السفاح واظهارا لشرف هذا العقد ، فلا يشترط لصحة النكاح أن يكون على يد شخص معين أو في مكان معين أو بكيفية خاصة أو بلغة معينة أو بتراتيل معينة وما الى ذلك ، فهذه الكيفية البسيطة ، لعقد النكاح لا يتصور العقل خيرا منها واصلح منها .

وتشريع الفرقة بين الزوجين هو الشيء الطبيعي المعقول اذ لا يصح اجبار شخصين على ابقاء الرابطة الزوجية بالرغم من قيام ما يدعو الى انفصالهما من قيام نفرة أو كراهية أو ظلم ونحو ذلك ، وانما المعقول أن تباح الفرقة بينهما ليذهب كل الى حال سبيله ويجرب حظه في شركة أخرى ورابطة جديدة . ولهذا أباحت معظم الدول الغربية الفرقة بين الزوجين بعد أن كان محرما عندها . ولا يقال لم أعطي حق الطلاق للرجل وحرمت منه المرأة ، لانا نقول أن للمرأة أن تشترط لنفسها حق الطلاق في عقد الزواج ، كما لها أن تطلب التفريق قضاء اذا مسها من الزوج ضرر .

وتنظيم الميراث وتحديد أنصبة الورثة جاء على شكل ممتاز لوحظ فيه مختلف الاعتبارات كقرب الوارث وحاجته ، وتفتيت الثروة ، وهذا التنظيم للميراث وما بني عليه من أسس واعتبارات صالح لكل زمان ومكان ، وليس هنا تفصيل ذلك .

وتحريم الربا ، وهو حكم يخص المعاملات المالية ، حكم تفصيلي غير قابل للتبديل ، لان مفاسد الربا ذاتية لا تنفك عنه أبدا ، وهو من مظاهر

انحلال المجتمع وفساده واستساغته للظلم وفقدان التعاون الاجتماعي فيما بين أفراده • وعلاج مثل هذا المجتمع الفاسد يكون باصلاحه جذريا لا بترك فساده واعوجاجه وتشريع الاحكام الملائمة لفساده واعوجاجه •

والعقوبات في الشريعة جاءت مفصلة لعدد محدود من الجرائم وهي عقوبة الردة والزنا والقذف والسرقة وقطع الطريق وشرب الخمر والقصاص وهذه تسمى بجرائم الحدود والقصاص • أما عقوبات الجرائم الاخرى فقد ترك تقديرها لاولي الامر وهذه تسمى بالعقوبات التعزيرية ويلاحظ في تقديرها مدى جسامة الجريمة وظروفها وحال الجاني ومدى ضرر المجتمع منها ، كل ذلك في ظل قوله تعالى : وجزاء سيئة سيئة مثلها •

والعقوبات المقدرة كلها خير وصلاح وعدل ولا يستغني عنها أي مجتمع فاضل لانها بنيت على أساس العدالة وزجر المجرم وحفظ مصلحة الجماعة•

فعقوبة الردة بنيت على أساسين ، الاول اخلال المسلم بالتزامه بأحكام الاسلام ، والثاني درء المفسدة عن المجتمع • وبيان ذلك ان الفرد باسلامه يكون قد التزم أحكام الاسلام واصوله وعدم الخروج عليها أو هدمها فان فعل ذلك كان مخلا بالتزامه فيناله جزاء هذا الاخلال • كما أن في الردة واعلانها مفسدة للجماعة تظهر في تشكيك الناس في عقائدهم واحداث الاضطراب فيما بينهم وزعزعة لكيان الدولة التي اتخذت الاسلام أساسا لقيامها وبقائها وأهدافها • فكان لا بد من عقوبة زاجرة لمنع هذه المفسدة عن مجتمع يدين بالاسلام وعن دولة جعلت أساس حياتها الاسلام •

وعقوبة الزنى بنيت على أساس افسادها للاخلاق ، واضرارها البليغة بالفرد والاسرة والمجتمع ، كشيوع الامراض واختلاط الانساب وخراب البيوت والعزوف عن الزواج وما الى ذلك ، والشريعة من اصولها العناية بالاخلاق ودفع الاضرار عن الناس ، ولا شك أن المجتمع الفاضل الذي يحرص على الفضيلة ويعنى بالاخلاق يرحب بهذه العقوبة ولا يضيق بها ذرعا ولا يجد فيها الا المصلحة والخير وزجر المفسدين الذين يريدون العبث بأعراض الغير واشاعة الفساد في المجتمع •

وعقوبة السرقة ، وهي قطع اليد ، قد يقال أن فيها قسوة ولم تعد ملائمة لعصرنا ، وهذا قول ضعيف لم يقم على النظر العميق والاحاطة بجوانب المسألة • فمن المعلوم أن الشريعة الاسلامية أوجبت ضمانا اجتماعيا لكل فرد ، يبدأ من الاسرة وينتهي بالدولة ، فالفرد العاجز المحتاج يجد ما يسد حاجته بما أوجبته الشريعة من تضامن الزامي بين أفراد الاسرة يتمثل بايجاب النفقة للعاجز المحتاج على الغني ، فان لم يف ذلك أو لم يوجد فللفقير حق مالي في أموال الاغنياء تستوفيه الدولة وتسلمه اليه ، فان لم يف ذلك أو لم يوجد ، فالدولة الاسلامية مسؤولة عن ايجاد العمل للقادر عليه فان لم يوجد العمل أو وجد وكان المحتاج عاجزا فالدولة ملزمة بكفالة المحتاج ، لا فرق بين مسلم وغير مسلم ما دام يحمل الجنسية الاسلامية[١] • ففي مثل هذا المجتمع القائم على هذا التنظيم ، اذا وجد فيه سارق يمد يده الى مال الغير بغير حق ، أو يتسلق الجدار في جنح الظلام ويروع الآمنين ويسطو على أموالهم ، ثم جاءت الشريعة بايجاب عقاب هذا السارق بقطع يده ، لا يمكن أن يقول منصف انه عقاب قاس • هذه واحدة • والثانية ، ان الغرض من العقوبة الاصلاح والزجر وحفظ استقرار المجتمع وبعث الطمأنينة في النفوس ، ولا شك أن جعل عقوبة السرقة قطع اليد يحقق هذه المعاني على وجه أكمل وأتم من عقوبة السجن ، والواقع يؤيدنا ، فما ردعت السجون النفوس عن السرقة ولكن عقوبة قطع اليد ردعت المجرمين في الماضي وقادرة على ردعهم في الوقت الحاضر ، وكون

---

(١) وهكذا فعل سيدنا عمر بن الخطاب اذ كفل العاجزين المحتاجين من أهل الذمة • أنظر الخراج لابي يوسف ص١٤٤ • وفي كتاب الاموال لابي عبيد ص٤٥ ـ ٤٦ ، أن عمر بن عبدالعزيز كتب الى علي بن أرطاة بالبصرة : أما بعد •• وانظر من قبلك من أهل الذمة قد كبرت سنه وضعفت قوته وولت عنه المكاسب فاجر عليه من بيت مال المسلمين ما يصلحه ، فقد بلغني أن عمر بن الخطاب مر بشيخ من أهل الذمة يسأل على أبواب الناس ، فقال : ما أنصفناك ان كنا أخذنا منك الجزية في شبيبتك ثم ضيعناك في كبرك ، ثم أجرى عليه من بيت المال ما يصلحه • وانظر مؤلفنا أحكام الذميين •

الشيء قديما لا يدل على فساده فما كل قديم بفاسد ولا كل جديد بصالح فان صلاح الشيء يستفاد من ذاته ومدى نفعه لا من جدته وقدمه .

والقصاص في الشريعة الاسلامية جعل حقا للمجني عليه أو لاوليائه (في جريمة القتل) فلهم أن يطلبوا القصاص من القاتل كما لهم أن يطلبوا الدية (التعويض المالى) كما لهم أن يعفوا . وهذا هو التنظيم الكامل الذي لم يغفل جانب الطبيعة البشرية وما جبلت عليه من حب أخذ الثأر من الجاني وانزال القصاص العادل بـه ، كما لم يغفـل جانب المجتمـع ومصلحته . فالقصاص يردع الجاني عن الجريمة ، وفي هـذا الردع حيـاة لـه ولغيره « ولكم في القصاص حياة يا أولي الالباب » ويستل النقة من النفوس . ومع هذا كله فان الجاني الذي لم يقتص منه لعفو أولياء القتيل عنه وأخذهم الدية منه لا يعني أنه نجا من كل عقاب ، فللدولة أن توقع عليه عقوبة تعزيرية لما في جنايته من اعتداء على المجتمع « الحق العام »[1] .

وعقوبة القذف : تترتب على من يرمي غيره ، امرأة أو رجلا بالزنى ، والحكمة من ورائها وقاية أعراض الناس من مقالة السوء وما ينتج عن ذلك من عداء وخصام وخراب البيوت ، فهـذه العقوبـة تجد سـندها في رعايـة الاخلاق ومصلحة الجماعة .

وجريمة قطع الطريق كجريمة السرقة من حيث أنها اعتداء عـلى أموال الناس ، وتمتاز عليها بالفضاعة والمجاهرة بالعدوان والخروج عـلى سلطان الدولة واخافة الطريق ومنع المرور فيه وما الى ذلك ومن ثم كانت عقوبتها أشد من عقوبة السرقة العادية .

وعقوبة شرب الخمر ، نظر فيها الى أن الخمر تفسد العقل وتفقـد التمييز وتؤدي الى الاجرام ولمنع هذا كله شرعت هذه العقوبة .

فجميع العقوبات التفصيلية قامت على معان وأوصاف ثابتة لا تتغير فهي تحقق المصلحة في كل زمان ومكان .

---

(١) ولهذا قال المالكية اذا عفي عن القاتل العمد على الدية أي على اعطائها فانها تجب عليه ، ويضربه الامام مائة ويحبس سنة ، تبصرة الحكام لابن فرحون ج٢ ص٢٥٩ .

٥٩- **النوع الثاني من الاحكام :**

وهذا النوع من الاحكام ، جاء على شكل قواعد ومبادىء عامة لا يمكن أن تضيق بحاجات الناس كما لا يمكن أن تتخلف عن أي مستوى عال تبلغه الجماعة • ويكفينا أن نذكر هنا بعض الامثلة تأييدا لما نقول :

أولا - جاءت الشريعة الاسلامية بمبدأ الشورى في الحكم ، قال تعالى : « وأمرهم شورى بينهم »[١] وقوله تعالى « وشاورهم في الامر »[٢] ومبدأ الشورى أسمي نظام للحكم يمكن أن يصل اليه النوع البشري ولا يمكن أن يتخلف عن أي مستوى عال تبلغه الجماعة في نظام الحكم • وقد جاء هذا المبدأ القويم على نحو من العموم والمرونة بحيث يتسع لكل تنظيم قانوني يوضع لتحقيق هذا المبدأ •

ثانيا - مبدأ المساواة ، وقد ذكرناه سابقا ، وهو مبدأ عظيم ، من مظاهره المساواة أمام القانون ، مساواة تشمل الجميع من رئيس الدولة حتى أبسط مواطن في الدولة الاسلامية ، فلا امتيازات لاحد فالكل سواء أمام القانون ، ومن ثم فهذا المبدأ صالح لكل زمان ومكان ولا يتخلف عن أي مستوى عال تبلغه جماعة ما •

ثالثا - مبدأ العدالة : الشريعة تأمر بتحقيق العدالة في الارض ، والحكم بالعدل حتى مع الاقربين والابعدين والاصدقاء والاعداء « ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل »[٣] • « يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى »[٤] • ولا شك أن هذا المبدأ يضمن مصالح الناس في كل زمان ومكان ويتسع لكل تنظيم يحقق العدالة ، فمثلا اذا رؤي أن تحقيق العدالة يستلزم جعل المحاكم على درجتين أو أن المحكمة تؤلف من أكثر من قاض واحد ، أو تعيين هيئة

---

(١) سورة الشورى ج٢٥ ، الاية ٣٨
(٢) سورة آل عمران ج٤ ، الاية ١٥٩
(٣) سورة النساء ج٥ ، الاية ٥٨
(٤) سورة المائدة ج٦ ، الاية ٨

تدقيقية لاحكام المحاكم ، فهـذا ونحوه يجوز لانـه من مستلزمات تحقيق العدالة والحكم بالعدل حسب ظرف معينة ومكان معين ، والشريعة الاسلامية لا تضيق بأي اسلوب حق يحقق أغراضها ويؤدي الى حسن تطبيق مبادئها ، وفي هذا يقول الامام ابن القيم : « فاذا ظهرت امارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان فثم شرع الله ودينه .. »[1] .

رابعا ـ قاعدة (لا ضرر ولا ضرار) وهي حديث نبوي ، ومعناها أن الضرر مرفوع بحكم الشريعة أي لا يجوز لاحد ايقاع الضرر بنفسـه أو بغيره ، كما أن مقابلة الضرر بالضرر لا يجوز لانه عبث وافساد لا معنى له ، فمن يحرق مال الغير لا يجوز للغير احراق ماله لان في هذه المقابلة اكثارا للاضرار والمفاسد ، وانما يرفع هذا الضرر بايجـاب الضمان المـالى عـلى المعتـــدي .

ولا شك أن هذه القاعدة العظيمة تبتني عليها فروع كثيرة ، وقـد جاءت أحكام في الشريعة الاسلامية لتحقيق مدلول هذه القاعدة ، من ذلك تقرير حق الشفعة لدفع الضرر عن الشريك والجار ، وتقييد استعمال الحق على وجه لا يلحق ضررا بالآخرين كما في منع الانسان من اقامة مدبغـة ونحوها في داره اذا كان في ذلك ايذاء للجيران ، واجبار صاحب الارض بامرار الماء من أرضه لسقاية أرض جاره اذا كان بحاجة الى ذلك ولم يكن في امرار الماء مضرة عليه ، وهذا ما ذهب اليه عمر بن الخطاب وغـيره من الصحابة وهو أحد القولين عن الامام أحمد بن حنبل[2] . وما ذهب اليـه

---

(١) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم ص١٤

(٢) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص٢٤٠

قال محمد بن الحسن : حدثني مالك عن عمرو بن يحي المازنـي عن أبيه أن الضحاك بن خليفة كان له خليج في العريض (وادي في المدينة) فأراد أن يمر في أرض محمد بن مسلمة فأبى محمد فـكلم فيـه الضحاك عمر بن الخطاب فدعا عمر بن الخطاب محمد بن مسلمة الانصاري فامره أن يخلي سبيله فقال محمد : لا . فقال عمر : لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافـع تسقي به أولا وآخرا وهو لا يضرك . فقال محمد : لا . والله . فقال عمر : والله ليمرن به ولو على بطنك فأمره عمر أن يمر به ففعل الضحاك بن خليفة الانصاري الاشهلي : موطأ الامام مالك برواية محمد بن الحسن ج٤ ص٣٤ .

عمر بن الخطاب ما هو الا تطبيق لنظرية حديثة عرفت بنظرية التعسف في استعمال الحق ، ومن تطبيقاتها أيضا في الفقه الاسلامي الزام أصحاب السلع على بيع سلعهم بقيمة المثل اذا امتنعوا عن البيع الا بأكثر من هذه القيمة وكان في الناس حاجة الى ما عندهم من بضائع ومواد[1] • فاستعمال الحق في الشريعة الاسلامية مقيد بعدم الاضرار بالغير ، فلا وجود للحقوق المطلقة في الشريعة الاسلامية فهي مقيدة دائمة بحدود الله التي تحقق مصلحة الجماعة وتمنع الضرر عنها •

٦٠ـ البرهان الثالث ـ مصادر الاحكام :

مصادر الاحكام الشرعية تتصف بالمرونة ، فالكتاب والسنة وهما المصدران الاصليان للشريعة ، جاءت أحكامهما على نحو ملائم لكل زمان كما بينا • والاجماع والاجتهاد بأنواعه كالقياس والاستحسان والاستصلاح كلها مصادر مرنة دلت عليها الشريعة وشهدت لها بالاعتبار • وهذه المصادر تمدنا بالاحكام اللازمة لمواجهة الوقائع التي لم يأت بها نص صريح • وتعتبر الاحكام المستفادة من هذه المصادر جزء من الشريعة باعتبار أن مصادرها مشهود لها بالحجية والاعتبار من قبل الشريعة نفسها •

ومن جميع ما تقدم يتبين لنا صلاحية الشريعة للعموم والبقاء •

رابعا ـ شمول الشريعة :

٦١ ـ من المعروف أن الشريعة الاسلامية نظام شامل لجميع شؤون الحياة فهي ترسم للانسان سبيل الايمان وتبين له اصول العقيدة وتنظم صلته بربه ، وتأمره بتزكية نفسه ، وتحكم علاقاته مع غيره ، وهكذا لا يخرج من حكم الشريعة أي شيء •

وعلى ضوء هذا الشمول يمكن تقسيم أحكام الشريعة الى ثلاث مجموعات :

---

(١) الطرق الحكمية ص٢٢٤

الاولى ـ الاحكام المتعلقة بالعقيدة كالايمان بالله واليوم الآخر وهـذه هي الاحكام الاعتقادية ، ومحل دراستها في علم الكلام أو التوحيد .

الثانية ـ الاحكام المتعلقة بالاخلاق كوجوب الصدق والامانة والوفاء بالعهد وحرمة الكذب والخيانة ونقض العهد ، وهذه هي الاحكام الاخلاقية ومحل دراستها في علم الاخلاق أو التصوف .

الثالثة ـ الاحكام المتعلقة بأقوال وأفعال الانسان في علاقاته مع غـيره وهذه هي الاحكام العملية ، وقد سميت فيما بعد (بالفقه) ومحل دراستها علم الفقـــه .

٦٢ ـ والاحكام العملية بالنسبة الى ما تتعلق به تنقسم الى قسمين :

القسم الاول : العبادات كالصلاة والصوم ، والمقصود بها تنظيم علاقة الفرد بربـــه .

القسم الثاني : العادات أي المعاملات ، وهي التي يقصد بهـــا تنظيم علاقات الافراد فيما بينهم ، وهذه تشمل جميع روابط القانون العام والخاص في الاصطلاح الحديث[1] . لان أحـكام العـادات (المعـاملات) تنقسم الى مـا يأتـي :

أ ـ الاحكام المتعلقة بالاسرة من نكاح وطلاق ونفقة ونسب ونحـو ذلك وهي ما يسمى في الوقت الحاضر بقانون الاسرة أو الاحوال الشخصية.

ب ـ الاحكام المتعلقة بعلاقات الافراد المالية ومعاملاتهم كالبيع والاجارة والرهن والكفالة ونحو ذلك وهي ما يسمى حاليا بقانون المعاملات أو بالقانون

---

(١) ينقسم القانون الى قانون عام وقانون خاص ، والضابط المميز بين الاثنين وجود الدولة باعتبارها صاحبة السلطان في العلاقات التي ينظمها القانون وهذا هو القانون العام ، أو عدم وجودها فيها ، وهذا هو القانون الخاص : اصول القانون للدكتور السنهوري ص٢٥٨ .

وأقسام القانون العام هي القانون الدولى العـام والقانون الدستوري والاداري والمالى والجنائي .

وأقسام القانون الخاص هي القانون المدني بشقيه : قانون الاحـوال الشخصية وقانون المعاملات المالية ، والقانون التجاري وقانون المرافعـات المدنية والتجارية والقانون الدولى الخاص .

المدني[1] • ومن هذه الاحكام ما يتعلق بالشركات والتفليس والأمور التجارية الاخرى التي ينظمها في الوقت الحاضر القانون التجاري •

ج ـ الاحكام المتعلقة بالقضاء والدعوى والشهادة واليمين وهي تدخل فيما يسمى اليوم بقانون المرافعات •

د ـ الاحكام المتعلقة بمعاملة الاجانب غير المسلمين « المستأمنين » في الدولة الاسلامية وتنظيم علاقاتهم فيما بينهم أو مع رعايا الدولة الاسلامية ، وهي تدخل فيما يسمى اليوم بالقانون الدولي الخاص •

هـ ـ الاحكام المتعلقة بتنظيم علاقة الدولة الاسلامية بالدول الاخرى في السلم والحرب وهي تدخل فيما يسمى اليوم بالقانون الدولي العام •

و ـ الاحكام المتعلقة بنظام الحكم وقواعده ، وحقوق الافراد في الدولة وعلاقاتهم معها ، وهي تدخل فيما يسمى اليوم بالقانون الدستوري •

ز ـ الاحكام المتعلقة بموارد الدولة الاسلامية ومصارفها ، وتنظيم العلاقات المالية بين الافراد والدولة وبين الاغنياء والفقراء ، وهي تدخل في القانون المالي •

ح ـ الاحكام المتعلقة بتحديد علاقة الفرد مع الدولة الاسلامية من جهة الافعال المنهي عنها (الجرائم ومقدار عقوبة كل جريمة) • وهذه تدخل فيما يسمى اليوم بالقانون الجنائي ، أو قانون العقوبات • ويلحق بها الاجراءات التي تتبع في تحقيق الجرائم وانزال العقاب بالمجرمين وهي مايسمى اليوم بقانون تحقيق الجنايات •

٦٣ ـ فهذا الشمول الذي جاءت به الشريعة لا نظير له في القوانين الوضعية فهي لا تنظم مسائل العقيدة ولا الاخلاق ولا العبادات •

وحتى في جانب العادات (المعاملات) الذي تناولته القوانين الوضعية

---

(١) يشمل القانون المدني ، في الاصل مسائل الاحوال الشخصية ولكن معظم هذه المسائل فصلت عن القانون المدني ، في العراق ومصر ، وتركت للفقه الاسلامي أو لقوانين استقيت من الشريعة الاسلامية •

بالتنظيم نجد تنظيم الشريعة له جاء على نحو يميزها عن القوانين الوضعية ، فالجانب الاخلاقي مراعى في الشريعة مراعاة تامة ، ومن مظاهر هذه المراعاة تحريم الربا والميسر ، وتحريم الزنى والعقاب عليه . ولزوم الوفاء بالعهود من قبل الدولة الاسلامية في علاقاتها مع الدول الاخرى في السلم والحرب ، وعدم مجاراتها في الظلم حتى لو انها قتلت رعايا الدولة الاسلامية فيها ، فلا يحل للدولة الاسلامية أن تقتل رعايا تلك الدول الداخلين اليها بأمان[1] .

٦٤ ـ والجانب الديني ملاحظ أيضا في المعاملات ، بل هو عنصر أصيل فيها ، فهو يكسب الفعل صفة الحل والحرمة بناء على حقيقته الباطنة ونية صاحبه وقصده ، فالفعل قد يكون صحيحا في ظاهره لاستيفائه شروط الصحة ولكنه يعتبر حراما لمخالفة حقيقته الباطنة ونية وقصد صاحبه لما تأمر الشريعة به كالذي يقصد بالنكاح تحليل المطلقة ثلاثا لمطلقها ، وكالذي يدعي دينا على آخر ظلما ويثبت ذلك أمام القضاء . والاصل في تعلق الحقوق وثبوت الآثار الشرعية على حقيقة الفعل وكونه حلالا ظاهرا وباطنا ، ولكن لما كان الباطن أمرا خفيا يعجز الانسان عن ادراكه أو يتعذر عليه ذلك ، ولاجل استقرار الحقوق وجريان الاحكام على أساس امور ثابتة ومضبوطة وظاهرة ، فقد اعتبرت الشريعة الظاهر وجعلت صحته قرينة على صحة

---

(١) ومن مظاهر الالتزام بالاخلاق عدم جواز تسليم الاجنبي في الدولة الاسلامية الى دولته ولو على سبيل المفاداة بأسير مسلم ، لان الاجنبي دخل بأمان وعلى الدولة الاسلاميه أن تفي بعهدها له فيبقى آمنا لا يمسه سوء فتسليمه بدون رضاه غدر بالامان لا رخصة فيه فلا يجوز : السير الكبير للامام محمد بن الحسن الشيباني وشرحه للامام السرخسي : ج٢ ، ص٣٠٠ . ومن مظاهر العناية بالاخلاق ، أن الاجنبي الداخل الى دار الاسلام بأمان تؤخذ منه ضريبة على أمواله التجارية بمقدار ما تأخذه دولته من المسلم اذا دخل اليها بأموال تجارية ، ولكن اذا كان المأخوذ من المسلم كل ماله فان الدولة الاسلامية لا تفعل ذلك بالنسبة لرعايا تلك الدولة ، ويعلل الفقهاء هذا المسلك بأن أخذ كل أموال الاجنبي ظلم ولا متابعة بالظلم واننا لا نتخلق بأخلاقهم وان تخلقوا هم بها ، بل نهينا عنه كما لو قتلوا الداخل اليهم منا بأمان لا نقابلهم بالمثل فلا نقتل من دخل الينا منهم بأمان : الدر المختار : ج٣ ص٥٦ ، وفتح القدير ج١ ص٥٣٤ .

الباطن وحله، ومناطا لتعلق الحقوق وثبوت الآثار، ولكن الشيء يبقى بعد ذلك متصفا بالحل والحرمة بناء على حقيقته الباطنة لان الحكم بالظاهر لا يصير الحلال حراما ولا الحرام حلالا وبالتالي لا يحل للمسلم أن يبيح لنفسه فعل الحرام وان أباح له ذلك القضاء بناء على ظاهر الفعل • ويدل على ما قلناه قول النبي عليه السلام « انما أنا بشر وانكم تختصمون الي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه ، فمن قضيت له بشي من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئا فانما أقطع له قطعة من النار »[١] •

ولهذا اذا ظهر الباطن ظهورا كافيا وتكشفت حقيقته فالعبرة به لا بالظاهر سواء كان هذا الظهور بدلالة الحال أو بشرط في العقد ، فبيوع الآجال التي يتوصل بها الى الربا كمن يبيع لآخر سلعة بألف نسيئة ثم يشتريها منه حالا بتسعمائة نقدا ، تعتبر باطلة عند أكثر الفقهاء لان حقيقة المعاملة ربا أخذت شكل البيع ، وقد دلت القرينة على هذه الحقيقة فلا عبرة بظاهر البيع • وكذا نكاح المحلل الذي تدل عليه قرائن الحال نكاح فاسد عند كثير من الفقهاء ، ويعتبر فاسدا عند جمهورهم بالشرط فيه[٢] • وسيأتي تفصيل ذلك عند الكلام عن نظرية العقد ان شاء الله ولا شك أن مراعاة الجانب الديني في المعاملات وما ترتب عليه من وصف الفعل بالحل والحرمة بناء على حقيقته وباطنه ، يجعل المسلم لا يقدم على تصرف الا اذا كان حلالا ، وان كان القضاء يبيح له ذلك بناء على ظاهر التصرف ، كما يجعله لا يتمسك ولا يطالب بشيء لا حق له فيه وان كان يمكنه اثبات ذلك أمام القضاء • ولا ريب ان هذا كله يدعو الى الاطمئنان في المعاملات ، فهناك رقابة دينية على الانسان في علاقاته مع الغير زيادة على الرقابة القضائية على هذه العلاقات ، وفي هذا أعظم ضمان لحسن تنظيم علاقات الافراد وعدم ضياع الحقوق على أصحابها •

---

(١) كتاب الام للامام الشافعي ج٦ ص٢٠٢

(٢) المغني لابن قدامة ج٤ ص٥٣ ، ٥٤ ، ١٧٤ ، وبداية المجتهد لابن رشد ج١ ص١١٧ — ١١٩ ، واقامة الدليل على ابطال التحليل للامام ابن تيمية ص٤ — ٦ ، ٣٤ ، ٣٩ واعلام الموقعين : ج٣ ص٨٤ وما بعدها •

الفصل الثالث

تعريف الفقه الاسلامي
وبيان خصائصه

٦٥ ـ الفقه في اللغة ، العلم بالشي والفهم له ، كما يعني ادراك غرض المتكلم من كلامه ، ومنه قوله تعالى : « فما لهؤلاء القوم لا يكادون يفقهون حديثا »[١] • وقوله تعالى على لسان نبيه شعيب : « قالوا يا شعيب ما نفقه كثيرا مما تقول »[٢] •

٦٦ ـ ثم أطلق لفظ « الفقه » في الاصطلاح الشرعي على جميع الاحكام الدينية التي جاءت بها الشريعة الاسلامية سواء أكانت هذه الاحكام متعلقة بامور العقيدة أو بالاخلاق أو بالعبادات أو بالمعاملات • وبهذا المعنى الاصطلاحي لكلمة الفقه ، جاء تعريف الامام أبي حنيفة للفقه الاسلامي بقوله : « هو معرفة النفس ما لها وما عليها » فيشمل هذا التعريف الاحكام الاعتقادية كوجوب الايمان بالله تعالى ، والاحكام الوجدانية « الاخلاقية » كوجوب الصدق ، والاحكام العملية المتعلقة بالعبادات والمعاملات كوجوب الصيام واباحة البيع[٣] •

٦٧ ـ ثم طرأ تغير على مفهوم « الفقه » في الاصطلاح ، فصار يطلق على « العلم بالاحكام الشرعية الثابتة لافعال المكلفين خاصة كالوجوب والحظر ـ أي الحرمة ـ والاباحة والندب والكراهة وكون العقد صحيحا أو فاسدا

---

(١) سورة النساء ، الاية ٧٨
(٢) سورة هود ، الاية ٩١
(٣) التوضيح في اصول الفقه ج١ ص١٠ـ١١

أو باطلا ، وكون العبادة قضاء أو أداء وأمثاله »[1] . واشترطوا أن يكون العلم بهذه الاحكام عن طريق النظر والاجتهاد في الادلة الشرعية ، ولهذا قال بعض العلماء في تعريف الفقه بأنه « العلم بالاحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية بالاستدلال »[2] ، كما أطلقوا كلمة الفقه على هذه الاحكام نفسها . وهذا التعريف هو التعريف المختار . والمراد بالاحكام الشرعية الاحكام المنسوبة الى الشريعة الاسلامية أي المأخوذة منها رأسا أو بالواسطة. والمقصود بـ « العملية » أي الاحكام الشرعية المتعلقة بما يصدر عن المكلف من عبادات ومعاملات . والمقصود بالمكلف الانسان البالغ العاقل . والادلة التفصيلية هي الادلة الجزئية التي يتعلق كل دليل منها بمسألة معينة وينص على حكم خاص بها مثل قوله تعالى : « ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة وساء سبيلا » فهذا دليل تفصيلي أي دليل جزئي يتعلق بمسألة معينة وهي الزنا ويدل على حكم خاص بها ، وهذا الحكم هو حرمة الزنا .

وبهذا المعنى الاصطلاحي الجديد لكلمة الفقه خرجت من مفهومه الاحكام الاعتقادية والاخلاقية وصار مدلوله قاصرا على الاحكام العملية أي على العبادات والمعاملات كما قلنا ، وخرج أيضا من مفهوم الفقه ، حسب التعريف المختار ، الاحكام التي لا تؤخذ بالاستدلال أي بطريق النظر في الادلة التفصيلية والبحث والاجتهاد . فعلم المقلدين بالاحكام لا يسمى فقها لانه غير مكتسب عن طريق النظر والاستدلال ، كما لا يسمى صاحبها فقيها .

والاحكام الشرعية العملية التي تثبت لافعال المكلفين ، أي تتعلق بأفعالهم التي هي من العبادات والمعاملات ، هي :

آ ـ الوجوب : ومعنى هذا أن الفعل الذي تعلق به هذا الحكم يلزم المكلف القيام به على وجه الالزام ، ويسمى هذا الفعل بالواجب . فالواجب

---

(١) المستصفى للغزالي ج١ ص٤ـ٥

(٢) التلويح شرح التوضيح ج١ ص١٢ـ١٣ ، مباحث الحكم عند الاصوليين للاستاذ محمد سلام مدكور ص١٢ .

هو ما طلب الشارع من المكلف فعله على وجه الحتم والالزام كالصلاة والوفاء بالعقود .

ب ـ الحرمة : ومعنى هذا الحكم أن الفعل الذي تعلق به يلزم المكلف تركه على وجه الحتم والالزام ، ويسمى هذا الفعل المطلوب تركه الزاما بالمحرم . فالمحرم ، اذن ، هو ما طلب الشارع تركه على وجه الالزام كالزنا والسرقة .

ج ـ الندب : أي طلب الشارع القيام بالفعل على وجه التفضيل والترجيح لا الالزام ، ويسمى الفعل الذي تعلق به هذا الحكم بالمندوب ، فالمندوب ما طلب الشارع فعله على وجه التفضيل لا الالزام ، مثل كتابة الدين حفظا لحقوق الدائن .

د ـ الكراهة : طلب الشارع ترك الفعل على وجه الترجيح لا الالزام ، ويسمى الفعل الذي تعلق به هذا الحكم بالمكروه . فالمكروه ما طلب الشارع تركه على وجه الترجيح لا الالزام ، مثل ايقاع الطلاق بلا مبرر كاف .

هـ ـ الاباحة : ويعني هذا الحكم تخيير المكلف بين القيام بالفعل الذي تعلق به هذا الحكم وبين تركه ، والفعل المخير بين تركه والقيام به يسمى بالمباح مثل الاكل والشرب والقيام والقعود ومباشرة سائر التصرفات الشرعية .

و ـ الصحة : حكم شرعي يتعلق بالافعال التي يقوم بها المكلف على الوجه الذي قررته الشريعة الاسلامية ، ويسمى الفعل في هذه الحالة بالصحيح . والصحيح تترتب عليه آثاره الشرعية سواء أكان من العبادات أو العقود والتصرفات .

ز ـ البطلان : حكم شرعي يلحق أفعال المكلفين اذا جاؤا بها على غير الوجه المشروع ، ويسمى الفعل في هذه الحالة بالباطل . والباطل لا تترتب عليه الآثار الشرعية التي تترتب على الصحيح .

٦٨ ـ ثم طرأ تحول في اطلاق كلمة « الفقه » فصار هذا الاسم في عرف الفقهاء يطلق على جميع الاحكام الشرعية العملية الثابتة لافعال المكلفين

سواء أكانت تلك الاحكام معروفة من الدين بالضرورة ولا تحتاج الى نظر واجتهاد كوجوب الصلاة وحرمة الزنا ، أم كانت تلك الاحكام مستفادة عن طريق النظر والاجتهاد في الادلة ، أم كانت تلك الاحكام مستفادة عن طريق التقليد للفقهاء . فالاحكام الشرعية التي تكتسب من جميع هذه الطرق أصبحت تسمى فقها والعارف بها يسمى فقيها سواء اكتسبها عن طريق النظر والاجتهاد أو عن طريق التقليد[1] .

٦٩ـ علاقة الفقه بالشريعة :

قلنا ان الشريعة الاسلامية تشتمل على جميع الاحكام الشرعية المتعلقة بالعقيدة أو الاخلاق أو العبدات أو المعاملات . أما الفقه فلا يعنى الا بالاحكام العملية أي أحكام العبادات والمعاملات ، وعلى هذا فالفقه لا يشتمل الا على الاحكام العملية ومن ثم فالشريعة أعم منه وأكثر شمولا لانها تشتمل على جميع الاحكام .

والفقه ، وهو معرفة الاحكام الشرعية العملية ، يعتمد على نصوص الشريعة أي على القرآن والسنة النبوية ، كما يعتمد على المصادر التي شهدت لها الشريعة بالصحة والاعتبار كمصدر الاجماع والقياس . فلولا أن الشريعة شهدت لهذه المصادر بالحجية والاعتبار لما أمكن الفقيه أن يستمد منها الاحكام الشرعية .

والشريعة الاسلامية ، وهي الاحكام المنزلة من الله تعالى على نبيه محمد (ص) في القرآن أو السنة النبوية ، تقوم على الوحي الآلهي ، فهي تشريع آلهي ، لا مجال فيه لرأي الانسان ، وتحرم مخالفته . أما الفقه الاسلامي فليس كله كذلك ، وبيان هذا أن الاحكام الفقهية نوعان :

النوع الاول : ما يضعف فيه جانب الرأي والاجتهاد أو ينعدم كمعرفة الاحكام المعروفة من الدين بالضرورة والتي لا يجهلها أحد كوجوب الصلاة وحرمة الزنا أو التي تستفاد من النص الشرعي رأسا بلا أي كلفة أو بحث

---

(١) مذكرات في تاريخ الفقه للاستاذ الشيخ محمد فرج السنهوري ص ٤ .

أو اجتهاد لظهور هذه الاحكام من النصوص الشرعية مثل حرمة نكـــاح الامهات التي ورد بها النص الشرعي : « حرمت عليكم أمهاتكم .. » وهذه الاحكام الفقهية تعتبر جزء من الشريعة الاسلامية ، أي تعتبر تشريعا آلهيـا ومن ثم لا تجوز مخالفته .

النوع الثاني من الاحكام الفقهيـــة ، هو ما يغلب عليـه جانب الرأي والاجتهاد . وهذا النوع من الاحكام لا يعتبر جزء من الشريعة الاسلامية بمعناها الاصطلاحي ، أي لا يعتبر من قبيل التشريع الآلهي الذي لا تجوز مخالفته ، بل تسوغ هذه المخالفة ما دامت مستندة الى دليل أقوى من دليل الرأي الفقهي المتروك أو مستندة الى اجتهاد أقرب الى روح النصوص ، لان المخالفة المجردة من ذلك تعتبر من قبيل اتباع الهوى ، والهوى لا يجوز أن يكون مستندا للاحكام . وهـذا النوع من الاحكام أكثر من النوع الاول لكثرة الوقائع وتجددها . ومع هذا فان الفقـه الاســلامي بمجموعه يبقى مصبوغا بالصبغة الدينية لانه قائم على الشريعة الاسلامية ومبادئها وقواعدهـا وداخل في نطاقها العام ودائر في فلكها . ولهذا فان آراء الفقهاء الاجتهادية تعتبر سائغة ومحل تقدير واحترام .

٧٠ـ خصائص الفقه الاسلامي :

الفقه الاسلامي قام على أساس الشريعة الاسلامية ، ومن ثم فله صبغة دينية تدعو الى احترامه وعدم مخالفته . والجزاء فيه دنيوي وآخروي ، كما قلنا في خصائص الشريعة الاسلامية ، لان هـــذا الجزاء وصف ثابت للاحكام الشرعية . وله صفة الشمول ولكن على نحو أقل مما للشريعة ، وأكثر مما للقوانين الوضعية ، فهو ينظم المعاملات والعبادات ومن هنا كان نظاما للدين والدنيا . وجانب الاخلاق مراعى فيه تمام الرعاية . والجانب الديني عنصر أصيل في جميع تنظيماته المدنية ، وعلى أساسه يكتسب الفعل من العبادات أو المعاملات وصف الحل أو الحرمة على النحو الذي بينـــاه في كلامنا عن الشريعة وخصائصها .

٧١ – ويمتاز الفقه لاسلامي بمرونته وقابليته للبقاء بسبب وفائـــه

بحاجات الناس ومصالحهم المشروعة . وهذه الخصيصة ، بالحقيقة ، دليل على صلاحية الشريعة الاسلامية للعموم والبقاء ، لان الفقه الاسلامي ، ليس الا وجها من وجوه الفهم والتفسير والبيان لنصوص الشريعة وأحكامها ، وتطبيقا لمبادئها وقواعدها على جزيئات الوقائع والاحداث حسب الازمنة والامكنة ومصالح الناس .

ومصادر الفقه ، وهي التي صرحت بها الشريعة الاسلامية ، أو دلت عليها أو أومأت اليها ، من المرونة والسعة بحيث تمدنا بجميع الاحكام اللازمة لمواجهة مقتضيات الحياة المتجددة ، وبهذا يكون الفقه حيا ناميا متحركا وان كانت اصوله وقواعده ومبادؤه ثابتة لا تتغير ولا تتبدل . فالمصالح المرسلة ، مثلا ، مصدر خصب من مصادر الفقه ، يسعفنا بالاحكام المحققة للمصالح التي لم تأت الشريعة الاسلامية بنص صريح لتحصيلها ولم يقم دليل على الغائها ، مثل جمع القرآن في زمن أبي بكر لما رأى المصلحة في ذلك ، وذهاب فقهاء الصحابة الى تضمين الصناع وقال في ذلك سيدنا علي : « لا يصلح الناس الا ذاك » ، ومثل رأي عمر ، وتبعه الصحابة فيه ، ان الجماعة تقتل بالواحد ، واتخاذه السجن ، وتدوينه الدواوين ، وأخذه شطرا من أموال ولاته وردها الى بيت المال اذ رأى أن ما اكتسبوه كان بسبب ولايتهم ومحاباة الناس لهم بسبب سلطانهم[1] . وعلى هذا النهج سار الأئمة في ايجاد الاحكام بناء على المصلحة ، فالامام مالك أجاز بيعة المفضول مع وجود الفاضل ، وتولية الحكم للفاضل مع وجود من هو أولى منه لان بطلان ولايته يؤدي الى فساد واضطراب وفوات مصالح كثيرة على الناس ، ومنها عند المالكية ، جواز فرض الضرائب على الاغنياء اذا خلا بيت المال ووجدت حاجة الى المال[2] .

فالمصالح المرسلة أصل عظيم ومصدر خصب للفقه الاسلامي ، وعلى أساسه يمكن لولي الامر (الحكومة) أن توجد النظم الضرورية للدولة

---

(١) الطرق الحكمية لابن القيم ص ١٦
(٢) استاذنا أبو زهرة ، في كتاب مالك ص٤٠٠-٤٠١

التي تحقق الخير والمصلحة للناس ، وان لم يرد بهذه النظم نص صريح في الشريعة ما دامت لا تخالف ما نطق به الشرع ، لان السياسة العادلة وتحقيق العدل والمصلحة يعتبر من الشريعة لا خارجا عنها[1] ومن أمثلة ذلك فرض التسعير اذا امتنع التجار عن بيع ما عندهم الا بأكثر من قيمة المثل وكان في الناس حاجة الى ما عندهم ، ومنه أيضا حمل أرباب الصناعات والحرف على العمل بأجرة المثل اذا امتنعوا عن العمل وكان في الناس حاجة لصناعاتهم وأعمالهم[2] .

٧٢ ـ والعرف ، وهو ما اعتاده الناس وجروا عليه في أمورهم ، أصل فقهي تبتني عليه الاحكام ويؤثر في بقائها وتطبيقها . فعقد الاستصناع أجيز لجريان التعامل به واعتياد الناس عليه ، وتحقق الحاجة اليه . ودخول الحمام أجيز لجريان العرف بذلك واقرار العلماء له ، مع أنه اجارة مع مجهولية مدة المكث في الحمام ومقدار الماء المستهلك . ووقف المنقول يجوز اذا جرى به العرف ، وهذا هو ما ذهب اليه صاحب أبي حنيفة الامام محمد بن الحسن الشيباني . ومنه صحة الشرط الذي جرى به العرف فيصح شراء ساعة مع اشتراط تصليحها من قبل البائع لمدة معينة ، وما يعتبر قادحا في العدالة مخلا بالمروءة ينظر فيه الى العرف . وما يعتبر عيبا ويرد فيه المبيع ينظر فيه الى العرف أيضا حتى اذا تغير العرف بحيث لم يعد ما كان عيبا معتبرا من العيوب فان البيع لا يرد به[3] .ومن ملاحظة جانب العرف جاءت القواعد الفقهية (المعروف عرفا كالمشروط شرطا) والمعروف بين التجار كالمشروط فيما بينهم . « والعادة محكمة » كما سنبينه فيما بعد .

٧٣ ـ والاجماع هو الآخر مصدر فقهي واسع يجعل الفقه في حالة نمو مستمر وصلاحية دائمة للبقاء ، ومعناه اتفاق المجتهدين على حكم واقعة لم يرد نص بشأنها كما سيأتي بيانه فيما بعد ، ولا شك أن المجتهدين

---

(١) الطرق الحكمية ص١٣ ، ١٤

(٢) المرجع السابق ص٢٢٦ ، ٢٤٠

(٣) اعلام الموقعين ج٣ ص٦٦

يلاحظون المصلحة وعادة الناس في الواقعة التي يريدون استنباط الحكم لها والاجماع عليها .

ومن هذا كله ، نقول مطمئنين ان الفقه الاسلامي بمصادره ومقوماته واستناده الى الشريعة ، يفي كل الوفاء بجميع حاجات الناس والافـــراد والدولـــة .

الفصل الرابع

علاقة الشريعة الاسلامية بالشرائع السابقة

تمهيـــد :

٧٤- سبقت الشريعة الاسلامية شرائع كثيرة منها المنزلة من عند الله وهذه هي الشرائع الآلهية أو السماوية ، ومنها الموضوعة من قبل البشر وهذه هي الشرائع الوضعية • ونريد أن نبين وجه العلاقة بين الشريعة الاسلامية وبين هذه الشرائع بنوعيها • وقد اخترنا القانون الروماني كشريعة وضعية عند الكلام عن علاقة الشريعة بالشرائع الوضعية لان القانون الروماني هو القانون القديم الذي كان له أكبر الاثر في القوانين اللاحقة عليه ، ولان الجـدل لا يزال موجودا بين المستشرقين وغيرهم عن مدى تأثر الشـريعة بالقانون الروماني • ولهذا سنقسم هذا الفصل الى مبحثين : (الاول) عن علاقـة الشريعة الاسلامية بالشرائع السماوية • و (الثاني) عن علاقة الشريعـة بالقانون الروماني •

المبحث الاول

علاقة الشريعة الاسلامية بالشرائع السماوية

٧٥ - الشرائع السماوية كثيرة ، اذ لم تخل أمة قط من رسول أرسله الله اليها يبلغها تشريعه وأحكامه ، قال تعالى : « وان من أمة الا خلا فيهـا نذير »[١] • وجميع هذه الشرائع الآلهية تتفق وتتشابه في اصول الديـن وأمور العقيدة مثل الايمان بالله تعـالى وافراده بالعبادة ، والاخـلاص لـه

---

(١) سورة فاطر ، الاية ٢٤

بالعمل ، والايمان باليوم الآخر والاستعداد له بالعمل الصالح ، ونبذ الشرك قال تعالى : « وما أرسلنا من قبلك من رسول الا نوحي اليه أنه لا اله الا أنا فاعبدون »[1] . وفي آية أخرى : « ولقد بعثنا في كل أمة رسولا أن اعبدوا الله واجتنبوا الطاغوت »[2] . وقال تعالى : « شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا والذي أوحينا اليك وما وصينا به ابراهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه .. »[3] . فالشرائع السماوية واحدة في مصدرها وفي أصول العقيدة ومقاصد التشريع العامة ، ولكنها تختلف في الاحكام العملية والتفصيلات الجزئية المنظمة لعلاقات الافراد بخالقهم ، أو بعلاقاتهم فيما بينهم ، قال تعالى : « لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا »[4] « ثم جعلناك على شريعة من الامر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون »[5] وما الشريعة الا الفرائض والحدود والامر والنهي ، كما روى الامام ابن جرير الطبري عن قتادة ، أي الاحكام العملية المنظمة لشؤون الافراد[6] . وهذه الاحكام هي التي قد يرد عليها النسخ فينسخ لاحقها سابقها ، وقد يبقى الحكم نفسه بلا نسخ في الشريعة اللاحقة كالقصاص كان في شريعة التوراة وبقي في شريعة القرآن[7] .

٧٦ – وعلى ضوء ما تقدم نستطيع أن نجمل أوجه العلاقة بين الشريعة الاسلامية وغيرها من الشرائع السماوية السابقة بما يأتي :

أولا – وحدة المصدر : فجميع الشرائع السماوية ومنها الاسلامية مصدرها واحد هو الله تعالى فهو منزلها ومشرع أحكامها ، وما وظيفة الرسل الا القيام بتبليغها الى الناس .

ثانيا – وحدة الاصول والمقاصد : جميع الشرائع السماوية متشابهة في

---

(١) سورة الانبياء ، الاية ٢٥
(٢) سورة النحل ، الاية ٣٦
(٣) سورة الشورى ، الاية ١٣
(٤) سورة المائدة ، الاية ٤٨
(٥) سورة الجاثية ، الاية ١٨
(٦) تفسير المنار ج٦ ص٤١٤
(٧) اصول الفقه للاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ص٣٩٢

الدعوة الى اصول العقيدة ومتشابهة في مقاصد التشريع العامة كتزكية النفس بالاعمال الصالحة ، والحرص على هداية الناس الى الصراط المستقيم ، وتحقيق الخير والصلاح لهم في الدنيا ، والسعادة في الآخرة[١] .

ثالثا – الشريعة الاسلامية ناسخة لما قبلها : الشريعة الاسلامية باعتبارها خاتمة الشرائع فهي ناسخة لما سبقها ، وهي وحدها دون غيرها واجبة الاتباع قال تعالى : « وأنزلنا اليك الكتاب بالحق مصدقا لما بين يديه من الكتاب ومهيمنا عليه فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا »[٢] أي أنزلنا اليك هذا القرآن الذي أكملنا به الدين فاحكم بين أهل الشرائع السابقة – كما تحكم بين المسلمين – بما أنزل الله اليك من الاحكام لا بما أنزله الله الى الامم السابقة من أحكام لان الشريعة الاسلامية ناسخة لشرائعهم[٣] .

رابعا – ان الاحكام الموجودة في الشريعة الاسلامية كلها قائمة على الوحي الآلهي الى رسوله محمد (ص) وليست مأخوذة من الشرائع السابقة ، لان الرسول (ص) لا يتبع الا ما يوحى اليه من ربه ، قال تعالى : « قل انما أتبع ما يوحى الي من ربي »[٤] « ان أتبع الا ما يوحى الي »[٥] ، وعلى هذا فان التشابه بين بعض أحكام الشريعة الاسلامية وبين أحكام الشرائع السماوية السابقة يعني أن الله تعالى شرعها في الاسلام كما شرعها للامم السابقة ، كما في فريضة الصوم فقد جاء في القرآن الكريم : « يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون »[٦] ، فنحن مخاطبون بأحكام الشريعة الاسلامية بنزولها علينا لا بكونها شرعت لمن قبلنا[٧] .

---

(١) تفسير المنار ج٥ ص٣٦ ، ١٤٤ ج٦ ص٤١٧
(٢) سورة المائدة ، الاية ٤٨
(٣) تفسير المنار ج٦ ص٤١٢
(٤) سورة الاعراف ، الاية ٢٠٣
(٥) سورة الانعام ، الاية ٥٠
(٦) سورة البقرة ، الاية ١٨٣
(٧) تفسير المنار ج٦ ص٤١٦–٤١٧

خامسا – ان أحكام الشرائع السابقة التي أشار اليها القرآن أو السنة دون انكار أو اقرار ولم يقم دليل على نسخها في حقنا لا تعتبر تشريعا لنا ولا جزء من الشريعة الاسلامية ، وهذا على رأي جمهور الفقهاء ، وذهب البعض الى أنها تعتبر جزء من شريعتنا • والرأي الاول هو الراجح لان الآيات القرآنية تشير الى أن الواجب هو اتباع ما أنزله الله على رسوله محمد (ص) ، كما بينت هذه الآيات بأن لكل رسول تشريعا خاصا يبلغه الى الناس « لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا » « ثم جعلناك على شريعة من الامر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون » وسيأتي زيادة بسط وايضاح لهذه المسألة عند الكلام عن شرع من قبلنا وهل يعتبر من مصادر الفقه الاسلامي أم لا •

المبحث الثاني

علاقة الشريعة الاسلامية بالقانون الروماني

تمهيد :

٧٧ – ظهر الاسلام في بلاد العرب ، ومنها انطلق العرب ، بعد اسلامهم ، الى البلاد المجاورة والبعيدة فتم لهم فتحها والسيطرة عليها بمدة وجيزة • ومن هذه البلاد المفتوحة الاقاليم التي كانت خاضعة للدولة الرومانية الشرقية كالشام ومصر وغيرها • وقد ترتب على هذا الفتح أن حلت الشريعة الاسلامية محل القانون الروماني الذي كان مطبقا في تلك الاقاليم • ومن أجل هذا أثيرت مسألة علاقة الشريعة الاسلامية بالقانون الروماني • فذهب معظم المستشرقين الى القول بتأثر الشريعة بالقانون الروماني على اختلاف فيما بينهم في مدى هذا التأثر • فذهب فريق منهم الى أن الشريعة مستمدة من القانون الروماني ، فهو ، عندهم ، مصدرها ، وعلى أساس قواعده أقام فقهاء الشريعة الاسلامية كيانها القانوني ، ومن هذا الفريق المستشرق جولد زيهر Goldziher وفون كريمر Von Kremer

وشيلدون آموس Scheldon Amos • ومن أقوال هـذا الاخير : « ان الشرع المحمدي ليس الا القانون الروماني للامبراطورية الشرقية معدلا وفق الاحوال السياسية في الممتلكات العربية » • وقوله : « القانون المحمدي ليس سوى قانون جستنيان في لباس عربي »[١] • وقال فريق آخر من القائلين بنظرية التأثر ان الشريعة الاسلامية تأثرت بالقانون الروماني في بعض أحكامها• ولكن بعد ظهور نظرية تأثر الشريعة الاسلامية بالقانون الروماني بمـدة وجيزة ظهر رأي يذهب الى عكس هذه النظرية وينفي تأثر الشريعة بالقانون الروماني • ومن أصحاب هـذا الرأي بعض المستشرقين مثـل المستشرق الايطـالي نالينو Nallino والاسـتاذ فيتز جيرالـد Fitzgerald وحمل لواء هذا الرأي بعض أعلام القانون والفقه في مصر مثل الاستاذ علي البدوي ، والدكتور عبدالرزاق السنهوري ، والدكتـور شفيق شـحاته ، والدكتور محمد يوسف موسى ، والاستاذ محمد سلام مدكور • وأخـيرا فان هناك رأيا ثالثا في هذه المسألة يذهب الى تأثر القانون الروماني بالشريعة الاسلامية ، وسنتعرض الى هذا الرأي الثالث في خاتمة هذا المبحث • وأذكر فيما يلي أدلة القائلين بتأثر الشريعة الاسلامية بالقانون الرواني ثم أبين ما يرد عليها من نقد أو اعتراض أو تضعيف • وبهذه المناقشة سيظهر وجـه الحق في هذه المسألة •

أدلة القائلين بتاثر الشريعة الاسلامية بالقانون الروماني

٧٨ ـ استدل القائلون بتأثر الشـريعة الاسـلامية بالقانون الروماني بجملة أدلة[٢] ، نذكرها فيما يلي ثم نتبعها بالمناقشة :

أولا ـ قالوا ان النبي محمدا (ص) كان على معرفـة واسـعة بالقانون

---

(١) الدكتور صوفى حسن أبو طالب ، بين الشـريعة الاسـلامية والقانون الروماني ص٦ ، والدكتور صبحي محمصاني ، فلسفة التشريع في الاسلام ، ص١٨٨ •

(٢) الاستاذ أحمد أمين ، فجر الاسلام ج١ ص٣٠٣ ، الدكتور صوفى حسن أبو طالب ، المرجع السابع ، ص١٠ وما بعدها •

الروماني البيزنطي المطبق في الامبراطورية الرومانية الشرقية ، وعن طريق هذه المعرفة تسربت قواعد هذا القانون الى الشريعة الاسلامية .

ثانيا ـ وقالـوا كانت مدارس للقانون الروماني في قيصريـة وبيروت والقسطنطينية والاسكندرية وكذلك وجدت محاكم في أقاليم الدولة الرومانية تسير في نظامها حسب القانون الروماني وتطبق أحكامه ، وقد بقيت هـذه المحاكم وتلك المدارس بعد الفتح الاسلامي ، مما أدى الى وقوف الفقهـاء المسلمين على أحكام هذه المحاكم وتعرفهم عـلى آراء فقهـاء تلك المدارس فنقلوا هذه الآراء والاحكام الى أحكام الفقه الاسلامي . وزعموا أن أكثر الفقهاء المسلمين تأثرا بما ذكرنا الامام الاوزاعي والامام الشافعي .

ثالثا ـ وقالوا ان فقهاء الشريعة انتشروا في بلاد الامبراطورية الرومانية بعد فتحها ، وقد مكنهم هذا الانتشار من مخالطة العارفين بالقانون الروماني والاطلاع على أحكامه ، وحيث أن أهل البلاد المفتوحة قد تعودوا على هذا القانون وألفوه ، فان فقهاء الشريعة احتضنوا قواعده التي لم تعرفها الشريعة وطبقوها على العلاقات القانونية التي كانت سائدة في تلك البلاد رعاية لمـا ألفه الناس .

رابعا ـ وقالوا ان القانون الروماني أثر بصورة غير مباشرة في الشريعة الاسلامية عن طريق القانون الجاهلي وكتاب التلمود اليهودي ، وهو كتاب فقه الشريعة اليهودية ، وبيـان ذلك أن القانـون الجاهلي تأثـر بالقانون الروماني فتسربت اليه بعض قواعد هذا الاخير كمـا تسربت الى التلمود ، وحيث أن الشريعة الاسلامية أقرت بعض نظم عرب الجاهلية فقد تسربت بعض قواعد القانون الرواني بهذا الطريق الى أحكام الشريعة الاسلامية ، وكذلك أخذ فقهاء الشريعة بعض ما في التلمود من أحـكام ممـا أدى الى تسرب بعض أحكام القانون الروماني الموجودة في التلمود الى الشريعـة الاسـلامية .

خامسا ـ وقالوا ، ومن الادلة الظاهرة على تأثر الشريعة الاسلاميـة بالقانون الروماني ، ما نلاحظه من تشابه في النظم القانونية والاحكام والقواعد

الموجودة في الشريعة وفي القانون الروماني • وهذا يعني أن الشريعة اللاحقة ـ أي الشريعة الاسلامية ـ هي التي اقتبست هذه النظم والاحكام من الشريعة السابقة ـ أي القانون الروماني ـ لان اللاحق هو الذي يقتبس من السابق وليس العكس •

نقد هذه الادلة ومناقشتها

٧٩ـ مناقشة الدليل الاول ونقضه :

زعمهم أن النبي (ص) كان على علم بالقانون الروماني زعم باطل ودليل هالك لا اثارة عليه من علم ولا تحقيق • فمن المعروف أن النبي(ص) ولد في بيت عربي أصيل وفي مكة وهي بلد عربي خالص لا أثر فيه للتقاليد الرومانية ولا للقانون الروماني ، ولا يوجد فيها من يعرفه • والنبي (ص) لم يغادر مكة الى خارج الجزيرة العربية الا مرتين قبل البعثة ، الاولى وهو ابن اثنتي عشرة سنة وقيل ابن تسع سنين ، خرج به عمه أبو طالب الى الشام في تجارة فبلغ به بصرى • والثانية خروجه الى الشام في تجارة لخديجة وكان معه غلامها ميسرة وكانت سنه آنذاك خمسا وعشرين سنة • وقد وصل النبي (ص) في هذه المرحلة الى بصرى وما لبث فيها الا قليلا حتى رجع الى مكة[١] • ولم يرافقه في هاتين الرحلتين الا عرب خلص لا معرفة لهم بالقانون الروماني كما لم يخالطه في بصرى أحد من علماء القانون الروماني أو العارفين به ، ولم يكن هناك أي سبب يدعو حكام الدولة الرومانية أو أحد فقهائها لتعليم النبي محمد (ص) قبل البعثة قواعد القانون الروماني في مدة مكثه في بصرى ، ولم تجر العادة بوقوع مثل هذا التعليم مع التجار العرب القادمين الى الشام في رحلاتهم المتعددة • وأيضا فان النبي (ص) لا يتصور منه الاطلاع على القانون الروماني مكتوبا ، لانه كان لا يعرف القراءة والكتابة ، قال تعالى : « وما كنت تتلو من قبله من كتاب ولا تخطه بيمينك اذاً لارتاب المبطلون »[٢]

---

(١) المقريزي ، امتاع الاسماع ج١ ص٨ ـ ٩

(٢) سورة العنكبوت ، الاية ٤٨

والشريعة الاسلامية بعد هذا وذاك وحي من عند الله فمن المستحيل أن يختلط بهذا الوحي شيء من القانون الروماني أو غيره لا سهوا ولا تعمدا من الرسول لان الله قد تولى حفظها . قال تعالى : « انا نحن نزلنا الذكر وانا له لحافظون »[1] . وقال تعالى عن نبيه : « ولو تقول علينا بعض الاقاويل لاخذنا منه باليمين ولقطعنا منه الوتين »[2] .

٨٠ـ ثانيا ـ مناقشة الدليل الثاني ونقضه :

احتجاجهم بمدارس القانون الروماني والمحاكم ، الى آخر ما قالوه في دليلهم الثاني ، احتجاج هزيل لا أساس له من الصحة ، ووقائع التاريخ تدحضه . فمن الثابت تاريخيا أن الامبراطور الروماني جستنيان قرر بموجب دستور أصدره في ١٦ ديسمبر سنة ٥٣٣م الغاء جميع مدارس القانون الروماني في الامبراطورية الرومانية عدا مدرسة روما والقسطنطينية وبيروت[3] . ولم يكن لواحدة من هذه المدارس تأثير على الفقه الاسلامي ولا على الفقهاء المسلمين . فادعاء البعض بتأثر الفقهاء المسلمين بمدرسة الاسكندرية ادعاء باطل قطعا لغلق هذه المدرسة بموجب دستور جستنيان السالف الذكر قبل فتح المسلمين لها الذي تم في سنة ٦٤١م . أما مدرسة روما ومدرسة القسطنطينية فلم يكن لهما أيضا أي تأثير لان روما لم يفتحها المسلمون ، والقسطنطينية لم يفتحوها الا في سنة ١٤٩٣م ، وقبل فتحها ما كانت العلاقات ودية بينها وبين الدولة الاسلامية حتى تسمح لفقهاء الشريعة الاسلامية بالوصول اليها والاطلاع على ما يدرس فيها حتى يحصل التأثر بها . وأما مدرسة بيروت فمن الثابت تاريخيا انها اندثرت قبل الفتح الاسلامي بما يزيد على ثلاثة أرباع القرن[4] فلا يتصور تأثير مدرسة مندثرة لا وجود لها في الفقه الاسلامي . وعلى أساس هذه الواقعة التاريخية المادية يتبين بطلان ادعائهم بتأثر الفقيه الاسلامي الامام الاوزاعي والامام الشافعي

---

(١) سورة الحجر ، الاية ٩

(٢) سورة الحاقة ، الاية ٤٤ ، ٤٥

(٣) الدكتور صوفي حسن أبو طالب ، المرجع السابق ، ص ٤٨

(٤) الدكتور صوفي ، المرجع السابق ، ص٥٢

بمدرسة بيروت وآراء فقهائها • ونضيف هنا أن الامام الاوزاعي ، كما يدل عليه فقهه المنقول عنه في كتاب الام للشافعي وغيره ، ان هذا الفقيه يعتبر من فقهاء مدرسة أهل الحديث لا من مدرسة أهل الرأي ، وفقهاء مدرسة الحديث أبعد الناس تأثرا بالقانون الروماني على فرض علمهم به • والامام الشافعي ولد في غزة ثم نقله أهله وهو رضيع أو بعد فطامه الى مكة حيث نشأ هناك وأخذ شيئا من الفقه عن علمائها ، ثم ارتحل الى المدينة وصحب الامام مالك بن انس وتفقه عليه ، ثم ارتحل الى اليمن واطلع على فقه هذا البلد ، ثم ذهب الى العراق والتقى بالامام محمد بن الحسن الشيباني صاحب أبي حنيفة وسمع منه فقه الحنفية ثم استقر في مصر قبل وفاته بأربع أو خمس سنوات[1] • ومن هذا نعلم أن الشافعي تفقه ونضج فقهه في مدن بعيدة عن مراكز القانون الروماني فلا يتصور تأثره به أو اطلاعه عليه •

أما ادعاء بقاء المحاكم الرومانية بعد الفتح الاسلامي فغير صحيح لان سلطة القضاء في الدولة الاسلامية بيد المحاكم الوطنية «الاسلامية» لا الاجنبية •

٨١ـ ثالثا : مناقشة دليلهم الثالث ونقضه :

وهذا الدليل كما بينا ، يتضمن شيئين : (الاول) ان فقهاء الشريعة بانتشارهم في الاقاليم الرومانية المفتوحة تمكنوا من الاطلاع على القانون الروماني • و (الثاني) انهم طبقوا قواعد القانون الروماني التي لم تعرفها الشريعة على العلاقات السائدة آنذاك رعاية لما ألفه أهل تلك البلاد من تطبيق هذا القانون •

وهذا الدليل بشقيه دليل ميت لا يقوى على النهوض لاسناد ما زعموه ، فقد بينا عند مناقشتنا للدليل الثاني عدم تأثر فقهاء الشريعة الاسلامية بمدارس القانون الروماني المزعومة ، ونضيف هنا أن انتشارهم في البلاد الرومانية المفتوحة لم يمكنهم من التعرف على القانون الروماني ، فمن الثابت أن فقهاء الشريعة لم يطلعوا على هذا القانون ولو انهم عرفوا منه شيئا لاشاروا اليه في كتبهم الفقهية مؤيدين أو منكرين كما فعلوا فيما أخذوه من علوم الفلسفة والادب والطب عن غيرهم من اليونان والفرس[2] ، كما أنه لم تترجم

(١) سنذكر شيئا عن حياة الشافعي وفقهه فيما بعد •

(٢) الموجز في تاريخ القانون للاستاذ عبدالرحمن البزاز ص٢٧١ ، وفلسفة التشريع في الاسلام للدكتور صبحي محمصاني ص١٩٥ •

نصوص القانون الروماني ولا شروحه الى اللغة العربية لا من قبل فقهاء الشريعة ولا من غيرهم ، ولو انه حصل شيء من ذلك لعرف ذلك عنهم ولحفظ لنا التاريخ كتابا واحدا أو رسالة واحدة نقلوها الى العربية من قانون الرومان كما بقي لنا الكثير مما نقلوه من تراث الفرس الادبي والعلمي بجانب ما نقلوه من تراث اليونان[1] . والسبب في هذا الموقف السلبي من فقهاء الشريعة ازاء القانون الروماني واعراضهم عنه وعدم الاهتمام به ، هو اعتقادهم بحق ان الشريعة الاسلامية هي التشريع الكامل والقانون العادل الذي يحقق الخير والمصلحة والعدالة للناس ، لانه قائم على أساس الوحي الآلهي ، ولهذا لم يشعروا بحاجة الى دراسة القانون الروماني ، بل ولم يروا داعيا الى مجرد الاطلاع عليه .

والشق الثاني من دليلهم باطل أيضا ، لان الفقهاء المسلمين لم يعرفوا القانون الروماني كما قلنا ، ولو عرفوه لما طبقوه ، لان الشريعة الاسلامية هي القانون الواجب التطبيق في دار الاسلام بالنسبة لجميع العلاقات القانونية بين جميع المواطنين والمقيمين في دار الاسلام[2] ، فلا يسع القاضي المسلم أن يحكم بغير الشريعة الاسلامية ، وكذلك لا يسع الفقيه المسلم أن يفتي بغير أحكام هذه الشريعة . وعلى هذا دل القرآن في آياته الكثيرة ، منها « ومن لم يحكم بما أنزل الله فاولئك هم الكافرون »[3] « وأنزلنا اليك الكتاب بالحق مصدقا لما بين يديه من الكتاب ومهيمنا عليه فاحكم بينهم بما أنزل الله .. »[4] « وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم »[5] . وهذه الآيات وغيرها تفيد وجوب الحكم بما أنزل الله أي بالشريعة الاسلامية دون غيرها ، وبهذا قال المفسرون[6] ، وعليه اجماع الفقهاء من مختلف المذاهب

---

(١) الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف موسى ص٨٧

(٢) كتابنا أحكام الذميين والمستأمنين في دار الاسلام ص٥٩٢ – ٥٩٤

(٣) سورة المائدة ، الاية ٤٤

(٤) سورة المائدة ، الاية ٤٨

(٥) سورة المائدة ، الاية ٤٩

(٦) تفسير الطبري ج٦ ص٢٦٨ ، تفسير الرازي ج١٢ ص ١١ ، تفسير ابن كثير ج٢ ص٦١ ، ٦٦ ، تفسير المنار ج٦ ص٣٩٩ – ٤٠٧ ، ٤٢٠ . تفسير القرطبي ج٦ ص١٨٦ .

الاسلامية[1] ، فلا يتصور الحكم بالقانون الروماني في ديار الاسلام من قبل الفقهاء المسلمين أو قضاتهم . واذا فرض أن هناك بعض العلاقات القانونية والوقائع الجديدة التي صادفت الفقهاء في تلك البلاد وليس لها حكم صريح في نصوص الكتاب والسنة ، فان الفقهاء يتلمسون الاحكام الشرعية لها من مصادر الفقه التي أرشدت اليها الشريعة كالاجماع والقياس ، وليس من هذه المصادر الاحالة الى قانون أجنبي كالقانون الروماني .

ومع ظهور بطلان هذا الدليل وفساده ، فان من الممكن القول بأن فقهاء الشريعة وجدوا في الاقاليم الرومانية المفتوحة عادات وأعرافا ألفها أهل تلك البلاد ، فعرضها الفقهاء على أصول الشريعة وأحكامها واقروا منها ما كان صحيحا لا يخالف الشريعة كما فعلوا في عادات أهل البلاد الاخرى التي لم تكن خاضعة للحكم الروماني كالعراق وفارس . ورعاية فقهاء الشريعة لهذه العادات والاعراف الصحيحة واقرارهم لها لا يرجع سببه الى أن القانون الروماني اعتبرها واعتد بها ورعاها فهم يتابعونه في هذا المسلك ، وانما يرجع السبب الى أن الشريعة الاسلامية تأمر برعاية العرف الصحيح والعادة الصحيحة[2] كما فعلت بالنسبة لعادات العرب في الجاهلية حيث أقرت منها الصالح الذي لا يخالف أحكامها وأبطلت الفاسد الذي لا يتفق وهذه الاحكام ، لان في حمل الناس على غير ما ألفوه وتعودوا عليه من العادات الحسنة حرجا شديدا وعنتا كبيرا ، ومن أصول الشريعة التخفيف

---

(1) في فقه الظاهرية المحلى ج٩ ص٣٦٢ ، ٤٢٥ ، وفي فقه الزيدية شرح الازهار ج٢ ص٢٦٨ والبحر الزخار ج٥ ص٣٦٦ ، وفي فقه الجعفرية جواهر الكلام ، المجلد المطبوع سنة ١٢٨٧ ، وسفينة النجاة ج٢ ص٣٨٧ ، وفي فقه الحنابلة المغني ج٨ ص٥٣٥ ، ومنتهى الارادات ج١ ص٧٤٣ ، وكشاف القناع ج١ ص٧٣١ — ٧٣٢ ، وفي فقه الشافعية الام ج٤ ص ١٢٩ — ١٣١ و ج٥ ص٢٥٥ و ج٧ ص٨٥ والمهذب ج٢ ص٢٧٣ ، وفي فقه المالكية المدونة الكبرى ج٤ ص١٦٢ و ج٨ ص٩٧ وشرح الخرشي ج٣ ص٢٣٠ ، وفي فقه الحنفية ارشاد الامة الى احكام الحكم بين أهل الذمة للشيخ محمد بخيت المطيعي ص٢١ ، والجصاص ج٢ ص٤٣٦ ، والكاساني ج٧ ص٣٤١ ، والهداية ج٨ ص٤٨٨ .

(2) كتابنا الوجيز في اصول الفقه ص ٢٤٠ — ٢٤٤ .

والتيسير على الناس ورفع الحرج عنهم ، قال تعالى : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر »[١] « يريد الله أن يخفف عنكم »[٢] « ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج »[٣] .

٨٢- مناقشة دليلهم الرابع ونقضه :

في هذا الدليل يزعمون أن بعض نظم القانون الروماني تسربت الى عادات العرب في الجاهلية نظرا الى صلتهم بسكان الدولة الرومانية ، كما تسربت هذه النظم الى (التلمود) كتاب فقه الشريعة اليهودية ، وحيث ان الاسلام أقر بعض نظم الجاهلية ، وان الفقهاء المسلمين اقتبسوا بعض أحكام التلمود ، فان معنى ذلك ان بعض نظم القانون الروماني تسربت الى الشريعة الاسلامية وفقهها وصارت جزء من الاثنين . ان هذا الاستنتاج وما بني عليه من مقدمات غير صحيح ، فليس هناك - كما يقول المستشرق الايطالي ناللينو Nallino - أي دليل على تسرب التشريعات الرومانية الى الشريعة الاسلامية بواسطة العرب في الجاهلية[٤] . والواقع أن العرب في الجاهلية كانوا على صلة بجيرانهم من سكان الدولة الرومانية ولكن كانت هذه الصلة ضعيفة جدا ومحدودة ، فقد كانت الحكومة الرومانية تعين للتجار العرب الذين يفدون الى الشام أسواقا معينة لا يجوز لهم تجاوزها مثل العقبة وغزة وبصرى ، ولذلك كان اتصالهم بشعوب الدولة الرومانية ضئيلا ، فضلا عن تفشي الأمية في العرب وجهلهم باللغات الاجنبية ، ولهذا كله لم يظهر لاتصال العرب بشعوب الامبراطورية الرومانية أي أثر من الناحية القانونية[٥] .
أما التشبث بالتلمود فلا يفيدهم وليس فيه دليل على رأيهم من وجوه كثيرة ، منها : (أ) أن القانون الروماني البيزنطي ، بعد القرن الثالث الميلادي ، هو

---

(١) سورة البقرة ، الاية ١٨٥
(٢) سورة النساء ، الاية ٤
(٣) سورة المائدة ، الاية ٥
(٤) من محاضرة له بعنوان : في علاقات الفقه الاسلامي بالقانون الروماني ، المنشور في مجلة المسلمون المجلد الخامس ، ص٥٧٤ وما بعدها .
(٥) الدكتور صوفي ، المرجع السابق ، ص٢٥ - ٢٦

الذي تأثر بالقانون اليهودي وليس العكس ، يدل على ذلك أن الشراح في هذا العصر يعددون الاصل اليهودي لبعض النظم القانونية الرومانية ، ومعنى ذلك أن نظم القانون الروماني لم تنتقل الى الشريعة الاسلامية عن طريق القانون اليهودي • (ب) ان الاحكام الواردة في الشرائع السماوية السابقة لا تكون جزء من الشريعة الاسلامية ، على الرأي الراجح ، الا اذا قام الدليل من الشرع الاسلامي على تشريعها بحق المسلمين • (ج) توجد أحكام كثيرة في التلمود مخالفة لما هو مقرر في الفقه الاسلامي ، من ذلك الزواج فهو عقد شكلي عند اليهود لا ينعقد الا اذا توافرت فيه أشكال معينة مثل نطق العاقدين بعبارات خاصة باللغة العبرية ، وكتابة العقد ، وتقديسه عن طريق اقامة صلاة دينية خاصة يحضرها عدد معين من الرجال ، ولا يجوز عقده في أيام الاعياد اليوهدية ولا في أيام السبوت ، بينما ينعقد عقد الزواج في الفقه الاسلامي بالتراضي وبحضور شاهدين ولا يشترط لعقده أشكال خاصة • والقانون اليهودي يبيح تعدد الزوجات بلا حد ، بينما الشرع الاسلامي يبيحه الى حد أربع زوجات ، والمرأة المتزوجة في القانون اليهودي ، لاتملك التصرف في أموالها اذ ليس لها أهلية التعاقد ، وجميع ما تملك لزوجها يتصرف به كيف يشاء • والشريعة الاسلامية تخالف القانون اليهودي في هذه المسألة ، فهي تعترف للمرأة المتزوجة كامل أهليتها وقدرتها على التصرف بأموالها دون حاجة الى اذن من زوجها • والطلاق يقع في الشريعة الاسلامية دون اشتراط لشكل معين ، بينما في القانون اليهودي لا بد لوقوعه من أشكال معينة مثل كتابته باللغة العبرية وأن لا يقع في أيام السبوت والاعياد • والوصية لاجنبي جائزة في الشريعة الاسلامية مع وجود الوارث بحدود الثلث ، بينما لا تجوز الوصية في القانون اليهودي الا عند عدم وجود ابن ذكر • والتركة تنتقل الى الورثة بما لها وعليها من حقوق اذا قبل الميراث ، بينما الحكم في الشريعة الاسلامية ان التركة تنتقل الى الوارث غير مثقلة بالديون ، بمعنى أن الوارث لا يلزم بدفع ديون الميت وانما توفى من تركته أولا فان بقي منها شيء استحقه الوارث ، وان لم تف

التركة بسداد الديون فلا يلزم الوارث بشيء • والرضاع يعتبر من موانع الزواج في الشريعة الاسلامية ، بينما لا يعتبر كذلك في القانون اليهودي • وعقوبات التعزير موجودة في الفقه الاسلامي ولا وجو لها في القانون اليهودي • ومن هذا العرض يتبين لنا أن القانون اليهودي يختلف عن الشريعة الاسلامية اختلافات جوهرية ، أما أوجه الشبه بينهما فتنحصر في بعض الاحكام الجزئية التي تبدو قليلة الاهمية اذا قورنت بالاختلافات • ومن هذا كله يظهر بطلان ادعائهم بتأثير القانون اليهودي في الفقه الاسلامي وبالتالي تأثر الاخير بالقانون الروماني[١] •

٨٣ـ مناقشة الدليل الخامس ونقضه :

واستدلالهم بتشابه بعض النظم القانونية الموجودة في الشريعة الاسلامية والقانون الروماني على تأثيره في الشريعة ، استدلال ضعيف ، من وجوه كثيرة[٢] فهو ، اذاً ، دليل ساقط مردود • ومن أدلة نقضه ورده :

أولا ـ ان بعض هذه القواعد المتشابهة كقاعدة عبء الاثبات على المدعي ، والتي جاء مثلها في الشريعة « البينة على من ادعى واليمين على من أنكر » وقاعدة تحريم أخذ مال الغير بغير حق ، تعتبر من القواعد الشائعة في جميع الشرائع التي يهتدي اليها العقل السليم وتقضي بها العدالة ، واغفالها في أي تشريع يدل على قصوره وعدم عدالته • ومن ثم لا يدل هذا التشابه في هذا النطاق على أن الشريعة اللاحقة أخذت من السابقة •

ثانيا ـ التشابه الموجود في بعض النظم القانونية بين شريعتين لا يدل

---

(١) الدكتور صبحي محمصاني ، فلسفة التشريع في الاسلام ، ص١٩٥ ـ ١٩٦ ، الدكتور صوفى ، المرجع السابق ، ص٦٣ وما بعدها •

(٢) الدكتور علي البدوي ، أبحاث في تاريخ الشرائع ، المنشور في مجلة القانون والاقتصاد المصرية السنة الاولى ص٧٣٤ وما بعدها ، مذكرات في تاريخ القانون للاستاذ عبده حسن الزيات ص١٤٠ وما بعدها ، الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف موسى ص٨٧ وما بعدها ، الدكتور صوفى ، المرجع السابق ، ص١٠٠ وما بعدها • الاستاذ عبدالرحمن البزاز ، المرجع السابق ، ص٢٦٧ وما بعدها • والدكتور صبحي محمصاني ، المرجع السابق ص ١٨٩ ـ ١٩٤ •

حتما على أن احداهما أخذت هذه النظم من الاخرى ، اذ قد يكون ناشئا من تشابه الظروف الاجتماعية التي مرت بها كل من الشريعتين . كما أن العقول السليمة تتشابه في كثير من أنواع التفكير ، وهذا أمر طبيعي في الامم جميعا فلا يصح لمجرد هذا التشابه القول بأن هذه الشريعة نقلت عن الاخرى وليس العكس . واذا كان لابد من القول بالاخذ والاقتباس في هذه الحالة فالصحيح أن يقال ان القانون الروماني أخذ من الشريعة الاسلامية تطبيقا لمبدأ اجتماعي صحيح وهو أن الامة المغلوبة هي التي تقتبس من تشريعات الامة الغالبة وليس العكس[1] .

ثالثا - بالرغم من هذا التشابه الظاهري في بعض النظم القانونية ، فهناك اختلافات كثيرة ومهمة بين الشريعة الاسلامية والقانون الروماني تدل بوضوح على استقلال كل منهما عن الآخر واختلافهما في مصادر الاحكام . ففي القانون الروماني نظم لا وجود لها في الشريعة الاسلامية مثل :

(أ) نظام السلطة الابوية ، وهذه السلطة يملكها رب الاسرة على أولاده وأولاد أولاده من الذكور ، وعلى الاولاد بالتبني وعلى الاولاد غير الشرعيين الممنوحين البنوة الشرعية . وهذه السلطة مطلقة تقع على شخص الخاضع لها وتمتد الى كل ما يكسبه من مال . وهي دائمة تبقى ما دام رب الاسرة حيا متمتعا بالشخصية القانونية ومهما كانت سن الولد . وبالرغم من تهذيب هذه السلطة وتخفيف شدتها ، فقد بقيت لها آثار قاسية منها ابقاء حق رب الاسرة في بيع أولاده في حالة الضرورة القصوى ، وبقاء رب الاسرة هو المالك لاموال الاسرة والمتصرف فيها وان منع من حرمان ورثته دون وجه حق[2] .

(ب) الزواج مع السيادة : وهذا النوع من الزواج يتم بطريق الزواج الديني ، أو بطريق الشراء ، أو بطريق معاشرة الزوج لزوجته ، التي لم يتزوجها باحدى الطريقتين السابقتين، مدة سنة تكسبه السيادة عليها.

---

(١) مقدمة ابن خلدون ص ١٤٧ .

(٢) مبادىء القانون الروماني ، للدكتور عبدالمنعم البدراوي والدكتور محمد عبدالمنعم بدر ص٢١١ ، ٢٢١ - ٢٢٣ .

ومن آثار هذا الزواج أن الزوجة تنتقل من عائلتها الاصلية الى عائلة زوجها وتعتبر بحكم الميتة بالنسبة لعائلتها الاصلية وتسقط جميع الحقوق المترتبة على صلتها بعائلتها من ارث ووصاية وقوامة ، وتصبح في عائلة زوجها كأنها بنت له وأخت لاولادها منه وترث زوجها بناء على هذا الاعتبار . وتخضع لسيادة زوجها ، وتشبه هذه السيادة السلطة الابوية ، فللزوج بيعها ، ويتملك ويكتسب عنها الحقوق ، ويأخذ الزوج ما يكون عندها من مال عند الزواج[1]

(ج) التبني : وهو نظام قانوني يقصد به ايجاد السلطة الابوية عن طريق ايجاد علاقة نسبية مصطنعة بين المتبني والمتبنى ، وهو ينتج نفس الآثار التي تترتب على الولادة من الزواج ، وله شروط خاصة لايجاده ، كما له آثار بالنسبة لشخص المتبني وأمواله ، فيدخل المتبنى في عائلة من تبناه ويخضع لسلطته وتؤول اليه أمواله[2]

(د) والقانون الروماني حرم الهبات بين الزوجين .

رابعا ـ توجد في الشريعة الاسلامية نظم قانونية لا مثيل لها في القانون الروماني مثل نظام الوقف الخيري ونظام الشفعة ، واعتبار الرضاع مانعا من الزواج ، ونظام الحسبة وهي وظيفة اجتماعية تقابل نظام النيابة العمومية ووظائف البلدية في الوقت الحاضر ، ونظام التعزير في العقوبات ، وحوالة الدين ، فهي جائزة في الشريعة الاسلامية ، وغير جائزة في القانون الروماني. كما توجد نظم قانونية مشتركة ولكنها تختلف في قواعدها ، كنظام الزواج ، فهو فردي في القانون الروماني ، ومتعدد في الشريعة الاسلامية الى حد أربع زوجات . ونظام الطلاق حق لكل من الزوجين في القانون الروماني ، وهو في الاصل حق للزوج وحده دون الزوجة الا اذا اشترطته لنفسها في عقد الزواج ، كما يجوز لها طلب التفريق في حالات معينة كاضرار الزوج بها . ونظام الميراث وفيه اختلافات جوهرية ، فالفروع مقدمون على الاصول في القانون الروماني ولا يرثون مع الفروع ، وعند عدم وجود الفرع ينتقل

---

(١) الدكتور البدراوي ، المرجع السابق ، ص٢٣٢ ـ ٢٣٥

(٢) الدكتور البدراوي ، المرجع السابق ، ص٢١١ ـ ٢١٥

الارث الى الاصول ويشاركهم فيه الاخوة الاشقاء ويكون للذكر مثل نصيب الانثى • أما في الشريعة الاسلامية فان الاصل يرث مع الفرع ، ونصيب الذكر مثل حظ الانثيين كقاعدة عامة • وفي انتقال التركة الى الورثة ، تنتقل حقوق والتزامات المورث الى الورثة ويلتزمون بدفع ديون مورثهم ، اذا قبلوا التركة ، ولو كان هذا الدفع من أموالهم الخاصة • أما في الشريعة الاسلامية فان المبدأ هو « لا تركة الا بعد سداد الدين » أي أن ديون الميت تسدد من تركته أولا وما بقي من التركة يؤول الى الورثة ، واذا لم تف التركة بسداد ديون الميت فان الورثة لا يلتزمون بادائها • والمهر من أحكام عقد الزواج ، ولكنه عند الرومان تدفعه الزوجة أو أحد ذويها الى الزوج بينما في الشريعة الاسلامية يدفعه الزوج الى الزوجة •

خامسا ـ القانون الروماني في نظمه المختلفة قائم على اجراءات رسمية وأوضاع شكلية ، وبالرغم من تطوره فانه لم يصل الى الغاء هذه الشكليات كمبدأ عام تقوم عليه سائر النظم القانونية فيه ، فالملكية لا تنتقل بين الطرفين بمجرد الاتفاق دون اتباع اجراءات شكلية ، والتزام الطرفين بموجب عقد لا يتم الا اذا أفرغ في أشكال رسمية • وبقيت هذه القواعد الشكلية الى عهد جستنيان ، بل ولم يقرر اعتبار التزام المتعاقدين بمجرد الرضا وانتقال الملكية بمجرد الاتفاق من المبادىء العامة الا في قانون نابليون الفرنسي في أوائل القرن التاسع عشر • وبخلاف هذا في الشريعة الاسلامية فهي قائمة على البساطة في التعامل ومتجردة عن الشكليات منذ نشأتها ، فلا يشترط فيها لاتمام العقد صيغة رسمية ولا توجب لانتقال الملكية وضعا خاصا وانما يتم الالتزام بموجب العقد وتنتقل الملكية بمجرد الاتفاق الخالي من الاجراءات الشكلية •

سادسا ـ المبدأ العام السائد في القانون الروماني هو الفصل بين القانون والاخلاق ، ومن أمثلة ذلك النصوص الصريحة الواردة في موسوعة جستنيان التي تقرر صراحة ان اساءة استعمال الحق لا يعتبر فعلا غير مشروع • وبخلاف هذا المبدأ ، تقوم قواعد الشريعة الاسلامية على معان

أخلاقية ، وتسمح لتسرب المبادىء الاخلاقية الى نظمها القانونية ، وقد أدى هذا الاختلاف الى اختلاف في بعض النظم القانونية والى وجود نظريات في الشريعة لا وجود لها في القانون الروماني ، فالقانون الروماني أقر نظام التقادم كطريقة لكسب الملكية بشروط معينة لضعف الصلة فيه بين القانون والاخلاق ، بينما رفضت الشريعة الاسلامية اقرار هذا المبدأ لان المعاني الاخلاقية السائدة فيها لا تسمح بتحول الغصب الى حق ، ولا تسمح أن يكون مضي المدة لذاته مكسبا أو مسقطا للحقوق • وفي الشريعة الاسلامية قامت نظريات قانونية أساسها الاعتبارات الاخلاقية ، منها نظرية سوء استعمال الحق ، فاستعمال الحق مقيد بعدم الاضرار بالغير ، فليس في الشريعة حقوق مطلقة ، بل مقيدة دائما بقيد ضمني هو عدم الاضرار بالغير ، وهذه النظرية تعتبر من أحدث النظريات في القوانين الحديثة ، ومن تطبيقاتها في الفقه الاسلامي أن الجار ليس له أن يستعمل حقه في ملكه استعمالا يلحق ضررا فاحشا بجاره • ومثل نظرية الضرورة وتشبهها الى حد كبير نظرية الظروف الطارئة التي ظهرت مؤخرا في القانون الاداري الفرنسي وأخذت تمتد الى فروع القانون الاخرى ، ومن تطبيقاتها في الفقه الاسلامي أن الزرع اذا هلك بآفة سماوية فان الخراج « ضريبة على الارض الزراعية » يسقط ويعلل الفقهاء هذا الحكم بأن صاحب الارض مصاب فيستحق المعونة ، ولانه ظهر أنه لم يتمكن من استغلال الارض[1] •

٨٤ـ الخلاصة :

ويخلص لنا من جميع ما تقدم أن الشريعة الاسلامية لا علاقة لها بالقانون الروماني ، فقد نشأت مستقلة عنه ، ونما فقهها وازدهر بمعزل عن هذا القانون الذي بدء على شكل عادات ، واستمدت أحكامها من مصادر خاصة ليس منها الاحالة الى قانون أجنبي ، وحسب قواعد مضبوطة قام على أساسها علم اصول الفقه • وما أصدق كلمة الاستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهوري ، وهو يقارن بين الشريعة الاسلامية والقانون الروماني : « فان

---

(١) كتابنا أحكام الذميين والمستأمنين في دار الاسلام ص ١٧١

هـذا القانون بدأ عادات ، كما قدمنـا ، ونما وازدهر عن طريق الدعوى والاجراءات الشكلية • أما الشريعة الاسلامية فقد بدأت كتابا منزلا من عند الله ونمت وازدهرت عن طريق القياس المنطقي والاحكام الموضوعية ••• الا أن فقهاء المسلمين امتازوا على فقهاء الرومان ، بل امتازوا على فقهاء العالم باستخلاصهم اصولا ومبادىء عامة من نوع آخر هي اصول استنباط الاحكام من مصادرها وهذا ما سموه بعلم اصول الفقه »[١] • فالخلاف جوهري بين الشريعة الاسلامية والقانون الروماني ، اذ تقوم الشريعة على أساس الوحي الآلهي وهذا من أبرز ما يميز الشريعة عن غيرها ويجعل الفرق هائلا بينها وبين القانون الروماني وغيره من القوانين الوضعية ، وفي هذا يقول العالم الفرنسي زيس Zeys بحق : « اني أشعر حينما أقرأ في كتب الفقـــه الاسلامي اني قد نسيت كل ما أعرفه عن القانون الروماني ••• وأصبحت أعتقد أن الصلة منقطعة بين الشريعة الاسلامية وبين هـــذا القانون ، فبينما يعتمد قانوننا على العقل البشري تقوم الشريعة على الوحي الآلهي ••• فكيف يتصور التوفيق بين نظامين قانونيين وصلا الى هذه الدرجة من الاختلاف »[٢] والشريعة الاسلامية بعد هذا وذاك احتوت على نظم قانونية لم يصل اليهـا القانون الروماني حتى في آخر عصور تطوره ، فمبدأ النيابة في التصرفات القانونية بمعنى أن الشخص يصح أن ينيب عنه غيره في مباشرة التصرف[٣] من المبادىء المعترف بها في التشريعات الحديثة ولم يسلم به القانون الروماني حتى في عهـد جستنان وان كان هنـاك عنـدهم في أواخر عصـور القانون الروماني بعض الاستثناءات أجازوا فيها النيابة الكاملة[٤] • ومن أجل هذا كله ونظرا لواقع الشريعة الاسلامية الذي يميزها عن غيرها ويدل كل ما

---

(١) اصول القانون للدكتور السنهوري ص١٣٢

(٢) الدكتور صوفي ، المرجع السابق ، ص١٠٩

(٣) سنتكلم عن النيابة عند الـكلام عن نظـام العقد في الشـــريعة الاسلامية •

(٤) الدكتور شفيق شحاته ، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاســلامية ، ج١ ص٩٠ ، ومبـــادىء القانون الروماني للدكتـــور عبدالمنعم البدراوي والدكتور محمد عبدالمنعم بدر ص٥٦٠ ـ ٥٦١ •

فيها على انها قائمة بذاتها غير مستمدة من غيرها ولا متأثرة به قال الدكتور شفيق شحاته بحق : « ونلاحظ هنا فقط فشل المحاولات التي ظهرت قديما وحديثا لاثبات استمداد التشريع الاسلامي من القانون الروماني »[1] ، بل أن بعض الكتاب المحدثين يذهب الى أن القانون الروماني مستمد من الفقه الاسلامي عن طريق ترجمة هذا الفقه في اسبانيا من اللغة العربية الى اللغة اللاتينية [2] . ويرجح البعض الآخر الى أن شراح القانون الروماني في أيام النهضة العلمية الاوربية الذين تخرجوا في مدرسة بولونيا الايطالية وغيرها من المدارس الاوربية قد أدخلوا في شروحهم للقانون الروماني بعض النظم القانونية في الفقه الاسلامي التي وصلتهم عن طريق الاندلس وغيرها[3] .

---

(١) الدكتور شفيق شحاته ، المرجع السابق ص٦٧

(٢) هذا ما ذهب اليه الاستاذ أبو الفضائل الجرقادقاني الايراني ، نقلا عن الموجز في تاريخ القانون للاستاذ عبده حسن الزيات ، هامش ص ١٤٥ ـ ١٥٢ .

(٣) الدكتور صبحي محمصاني ، فلسفة التشريع في الاسلام ص ١٩٣ ـ ١٩٤ .

الفصل الخامس

شرح بعض القواعد الكلية

في الفقه الاسلامي

٨٥ـ تمهيـــد :

القاعدة في اللغة الاساس ، وفي اصطلاح الفقهاء حكم كلي ينطبق على جميع جزئياته أو أكثرها لتعرف أحكامها منه[١] • وفي الفقه الاسلامي جملة كبيرة من هذه القواعد التي تعتبر كل قاعدة منها ضابطا وجامعا لمسائل فقهية كثيرة[٢] • وقد استخرج الفقهاء هذه القواعد بتتبعهم مسائل الفقه وفروعه وارجاعهم كل مجموعة منها الى قاعدة عامة يسري حكمها العام على جميع أو أكثر جزئيات هذه المجموعـة التي تتشابه فيهـا هـذه الجزئيات ببعض المعـاني •

وهذه القواعد الفقهية تختلف عن قواعد اصول الفقه ، لان قواعـد الاصول تضع المناهج وتبين المسالك التي يلتزم بها الفقيه لاستنباط الاحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية[٣] ، أما القواعد الفقهية فهي من قبيل المبادىء العامة في الفقه الاسلامي التي تتضمن أحكاما شرعية عامة تنطبق على الوقائع والحوادث التي تدخل تحت موضوعها[٤] • وهذه القواعد لها مكانة عظيمة في الفقه الاسلامي فهي تساعد على تكوين الملكة الفقهية عند طالب الفقــه ، وتعين على معرفة أحكام الجزئيات ، وتوضح التصورات والافكار القانونية في الفقه الاسلامي ••• وقد نوه بفضلها وعظيم فائدتها غير واحد من الفقهاء

---

(١) الاشباه والنظائر لابن نجيم وشرحه للحموي ص٢٢
(٢) درر الحكام شرح مجلة الاحكام للاستاذ علي حيدر ص١٥
(٣) كتابنا الوجيز في اصول الفقه ص١١
(٤) المدخل الفقهي العام للاستاذ مصطفى أحمد الزرقا، ص٦٣٣

كالفقيه المشهور القرافي اذ يقول : « ... والقسم الثاني قواعد كلية فقهية جليلة كثيرة العدد عظيمة المدد مشتملة على أسرار الشرع وحكمه ، لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع وبقدر الاحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف »[1] . ومما يلاحظ في هذه القواعد انها صيغت صياغة قانونية وباسلوب رصين وعبارة بليغة وتركيب محكم . وسنذكر في هذا الفصل بعض هذه القواعد الفقهية مع شرح موجز لها .

القاعدة الاول

الامور بمقاصدها

٨٦ - الاصل في هذه القاعدة الحديث الشريف : « انما الاعمال بالنيات وانما لكل امرىء ما نوى ... »[2] . والمقصود بهذه القاعدة ان الاحكام الشرعية في امور الناس تتكيف حسب قصدهم من اجرائها ، فقد يعمل الانسان عملا بقصد معين فيترتب على عمله حكم ، ثم قد يعمل مثله بقصد آخر فيترتب على عمله حكم آخر[3] .

ومن تطبيقات هذه القاعدة : ان ملتقط اللقطة يعتبر أمينا لا ضمان عليه اذا تلفت في يده بدون تعد منه أو تقصير اذا كان قصده من التقاطها حفظها وردها الى صاحبها ، ويعتبر غاصبا اذا كان التقاطها بقصد تملكها فيضمن هلاكها وتلفها ولو بدون تعد منه أو تقصير . والبيع بلفظ الفعل المضارع بقصد الحال لا الاستقبال ينعقد به عقد البيع ، كقول البائع « أبيعك فرسي » ، واذا قصد به الاستقبال لا ينعقد البيع .

وكما أن الفعل يتكيف حكمه - في أحكام الدنيا - بناء على قصد فاعله ، فكذلك يتغير حكمه من جهة وصفه بالحل والحرمة بناء على قصد فاعله ، كالنكاح مستحب وسنة من سنن الاسلام ولكن يحرم اذا كان بقصد

---

(١) الفروق للقرافي ص٢ - ٣

(٢) رياض الصالحين للنووي ص١٢ - ١٣

(٣) شرح المجلة للاستاذ منير القاضي ص٥٤

مضارة الزوجة أو ظلمها . وامساك الزوجة أحب الى الله من تسريحها اذا كان الامساك بقصد ابقاء الحياة الزوجية والقيام بحقوقها ، ويحرم هذا الامساك اذا كان بقصد الاضرار بالمرأة ، قال تعالى : « ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه »[١]

ويلاحظ هنا ، كما هو المفهوم من هذه القاعدة ، ان النية المجردة ، أي التي لا يقترن بها فعل ، لا يترتب عليها حكم ، فمن نوى طلاق زوجته لا يقع طلاقه[٢] ، ومن نوى بيع داره أو هبته ولم ينطق بلسانه بما يدل على نيته فان ما نواه لا يقع .

القاعدة الثانية

العبرة في العقود للمقاصد والمعاني

لا للالفاظ والمباني

٨٧ - وهذه القاعدة تشملها القاعدة السابقة لان العقود[٣] من جملة الامور التي يباشرها الانسان ، وحيث ان المنظور اليه في ترتيب الاحكام على هذه الامور هو ما قصده فاعلها منها ، فكذلك الحكم في العقود ، فلا تترتب الاحكام في العقود على مجرد الالفاظ أي على مطلق المعاني التي تحملها وانما تترتب على المقاصد والمعاني الحقيقية التي يقصدها العاقدان من الالفاظ المستعملة في صيغة العقد لان القصد الحقيقي من الكلام هو المعنى ، وان المقاصد هي حقائق العقود وقوامها وانما اعتبرت الالفاظ لدلالتها على المقاصد ، فاذا ظهر القصد كان الاعتبار له وتقيد اللفظ به وترتب الحكم بناء عليه . ولكن لا يعني هذا اهمال الالفاظ بالكلية لانها قوالب المعاني والمعبرة عنها ، فتراعى أولا معاني الالفاظ الظاهرة واذا تعذر الجمع بينها وبين المعاني التي قصدها العاقدون في عقودهم فانه يصار الى المعاني المقصودة

---

(١) سورة البقرة ، الاية ٢٣١

(٢) الاستاذ علي حيدر ، المرجع السابق ، ص١٩

(٣) العقد هو ارتباط ارادتين على انشاء التزام أو نقله أو انهائه كما سنفصل هذا فيما بعد .

ويهمل جانب الالفاظ . ويعرف قصد العاقدين من العبارات الملحقة بصيغة العقد أو من قرينة الحال فهي التي توضح القصد منه ، وعلى هذا لا بد من وجود مناسبة بين الصيغة والمعنى المقصود ليمكن اعتبار العبارات اللاحقة بصيغة العقد موضحة للقصد[1] . ومن فروع هذه القاعدة[2] :

(أ) الهبة بشرط العوض بيع : فمن قال لآخر وهبتك هذه الفرس بخمسين دينارا فقبل الآخر كان العقد بيعا وان كانت الصيغة بلفظ الهبة .

(ب) الاعارة بشرط العوض اجارة : فمن قال لآخر أعرتك سيارتي بخمسة دنانير لتسافر بها الى المحل الفلاني فقبل الآخر ، كان العقد ايجارا لا اعارة ولو أن الايجاب كان بلفظ الاعارة .

(ج) الحوالة بشرط عدم براءة الاصيل كفالة : فلو قال شخص لآخر أحلتك بما لك من دين بذمتي على فلان على أن تبقى ذمتي مشغولة بدينك حتى يدفع المحال عليه الدين ، فالعقد هنا عقد كفالة لا حوالة لان الحوالة نقل دين من ذمة الى ذمة ولم ينتقل هنا .

القاعدة الثالثة

الاصل في الكلام الحقيقة

٨٨ – الحقيقة استعمال اللفظ في المعنى الذي وضع له مثل كلمة (أسد) للحيوان المعروف . والمجاز استعمال اللفظ في غير ما وضع له بشرط أن يكون بين المعنى الحقيقي والمجازي علاقة مع وجود قرينة صارفة عن ارادة المعنى الحقيقي كاطلاق كلمة (نور) على الاسلام أو على العلم .

ومعنى القاعدة ان الراجح حمل الكلام على معناه الحقيقي لا المجازي الا اذا تعذر ارادة المعنى الحقيقي فيصار الى المجاز . وعلى هذا الاساس تفسر عقود الناس وتصرفاتهم ، فمن قال : وقفت داري على أولادي ثم على الفقراء فان الوقف ينصرف الى أولاده الصلبين ولا يشمل الاحفاد ، لان كلمة (أولاد) حقيقة في الاولاد الصلبين وتستعمل مجازا في الاحفاد[3] .

---

(١) الاستاذ منير القاضي ، المرجع السابق ، ص٥٦
(٢) الاستاذ علي حيدر ، المرجع السابق ، ص١٩
(٣) جلال الدين السيوطي ، الاشباه والنظائر ، ص٥

ولكن لو لم يكن للواقف حين العقد أولاد صلبيون ، بل كان له أحفاد فقط فان الوقف ينصرف اليهم لتعذر حمله على الاولاد الصلبين لعدم وجودهم[1] .

القاعدة الرابعة

اعمال الكلام أولى من اهماله

٨٩ – يعني لا يجوز اهمال الكلام واعتباره بدون معنى ما أمكن حمله على معنى حقيقي أو مجازي . وبما أن الاصل في الكلام الحقيقة فما لم يتعذر حمل الكلام على معناه الحقيقي لا يحمل على المجاز . واللفظ المراد اعماله اذا كان مما يحتمل التأكيد والتأسيس فحمله على التأسيس أولى لان التأسيس يفيد معنى جديدا لم يتضمنه اللفظ السابق ، والتأكيد يفيد اعادة معنى اللفظ السابق . وعلى هذا لو أقر شخص بأنه مدين لآخر بعشرة دنانير دون أن يذكر سبب الدين وأعطى للدائن سندا بذلك ، ثم أقر بعد ذلك للشخص نفسه مرة ثانية بعشرة دنانير وعمل له سندا ولم يبين سبب الدين ، فان اقراره يحمل في الحالتين على تأسيس ، أي يعتبر دين السند الثاني غير الاول[2] . واذا تعذر اعمال الكلام يهمل ، أي اذا لم يكن حمله على المعنى الحقيقي ولا المجازي يهمل ، كما لو ادعى شخص في حق من هو أكبر منه سنا بأنه ابنه .

القاعدة الخامسة

لا ينسب الى ساكت قول ، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان

٩٠ – يعني لا يعد ساكت انه قال كذا ، ولكن السكوت فيما يلزم التكلم به اقرار وبيان . فهذه القاعدة تتضمن أمرين : « الاول » لا ينسب الى ساكت قول ، فاذا أتلف شخص مال آخر بحضوره وسكت فلا يعد ذلك من صاحب المال اذنا باتلاف المال . و « الثاني » السكوت في معرض الحاجة بيان ، فمن ترك مالا عند آخر قائلا له : ان هذا المال وديعة عندك

(١) علي حيدر ، المرجع السابق ، ص٢٧
(٢) علي حيدر ، المرجع السابق ، ص٥٣

وسكت المستودع انعقدت الوديعة • وسكوت البنت البكر عند استئذانها من قبل وليها في الزواج يعتبر هذا السكوت رضاً منها بالزواج •

القاعدة السادسة

لا مساغ للاجتهاد في معرض النص

٩١ ـ الاجتهاد في اصطلاح الفقهاء صرف وبذل الطاقة والقدرة للوصول الى الحكم الشرعي من دليله الشرعي • ومعنى القاعدة ان الاجتهاد يكون في المسائل التي لم يرد في الشريعة نص صريح بشأنها ، أما ما ورد النص الصريح بحكمه فلا يجوز الاجتهاد فيه • فمثلا ورد النص بتحريم الربا فلا يجوز الاجتهاد في حله • وورد النص بأن للذكر مثل حظ الانثيين في الميراث فلا يجوز الاجتهاد باعطاء الذكر مثل نصيب الانثى •

القاعدة السابعة

اليقين لا يزول بالشك

٩٢ ـ اليقين لغة قرار الشيء واصطلاحا حصول الجزم بوقوع الشيء أو عدم وقوعه • وينزل الغالب منزلة اليقين في الحكم • أما الشك فمعناه في اللغة التردد واصطلاحا تردد الفعل بين الوقوع وعدمه ، أي لا يوجد مرجح لاحد على الآخر[١] • فمعنى هذه القاعدة أن الشيء المتيقن لا يزول بالشك الطارىء عليه وانما يزول بيقين مثله • ومن فروع هذه القاعدة أن ثبوت الدين بذمة انسان لا يزول الا بثبوت ابراء الدائن له أو ادائه من المدين • ومن ثبت نكاحه فلا تزول الزوجية عنه الا بيقين • ومن تملك عينا بسبب شرعي فلا تزول ملكيته الا بثبوت ما يزيلها[٢] • ففي جميع هذه الامثلة نلاحظ ثبوت شيء يقينا فيبقى هذا الشيء المتيقن الا اذا قام الدليل على انتفائه ، أما مجرد الشك فلا يقوى على زعزعة اليقين فلا يعتد به •

---

(١) علي حيدر ، المرجع السابق ، ص٢٠

(٢) كتابنا الوجيز في اصول الفقه ص٢٥٩

القاعدة الثامنة

الاصل براءة الذمة

٩٣ ـ الذمة وصف شرعي يصير به الانسان أهلا لما له وعليه من الحقوق • ومعنى القاعدة أن الاصل هو عدم انشغال ذمة الانسان بحق لآخر ، لان كل شخص يولد وذمته بريئة من أي حق للغير ، وان انشغالها يحصل بالتصرفات التي يجريها مع الآخرين • وقد أخذ بهذه القاعدة في القضايا المدنية والجزائية ، فمن ادعى على غيره دينا فالاصل عدمه الا اذا أثبت المدعي ذلك • والمتهم بريء حتى تثبت ادانته ، ومن هنا جاء القول : الشك يفسر لمصلحة المتهم[1] ، لان الاصل براءته ومع حصول الشك في ادانته ترجح جانب البراءة فنفسر الشك لمصلحته • وحتى لو حصل خطأ في هذا الاتجاه فان الخطأ في براءة متهم خير من الخطأ في ادانة بريء •

القاعدة التاسعة

البينة على من ادعى واليمين على من أنكر

٩٤ ـ البينة ، على ما هو الشائع عند الفقهاء ، هي الشهادة العادلة التي تؤيد صدق دعوى المدعي[2] • والتحقيق أن البينة غير مقتصرة على الشهادة بل تشمل كل ما يبين الحق ويظهره[3] • وهذه القاعدة يؤيدها العقل السليم ، لان ادعاء المدعي خلاف الظاهر ، اذ أن الاصل براءة الذمة ، فعليه أن يثبت صحة دعواه فاذا ظهر صدقه بطريق من الطرق حكم له واذا عجز عن الاثبات وتقديم البينة على صدق دعواه وأنكر المدعى عليه الدعوى فانه يحلف اليمين فاذا حلف فلا شيء عليه غير هذا وردت دعوى المدعي لظهور صدق المدعى عليه[4] •

---

(١) كتابنا الوجيز في اصول الفقه ص٢٦٠
(٢) علي حيدر ، المرجع السابق ، ص٤٥
(٣) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص٢٣
(٤) جلال الدين السيوطي ، الاشباه والنظائر ، ص٢٩٢

القاعدة العاشرة

ما حرم أخذه حرم اعطاؤه

٩٥ ـ اعطاء الحرام للغير أو أخذه من الغير سواء في الحرمة • لان المطلوب شرعا ازالة المنكر والفساد والمحرمات ، فاذا عجز الانسان عن المساهمة في ازالة هذه المفاسد فلا أقل من أن يمتنع عن المساهمة في زيادتها والمعاونة على وقوعها • وعلى هذا لا يجوز اعطاء الرشوة كما لا يجوز أخذها ، جاء في الحديث الشريف عن النبي (ص) : « لعن الله الراشي والمرتشي » • وكذلك الربا لا يجوز التعامل به أخذا أو عطاء ، جاء في الحديث الشريف عن النبي (ص) : « لعن الله آكل الربا وموكله » •

القاعدة الحادية عشرة

التصرف على الرعية منوط بالمصلحة

٩٦ ـ الرعية عموم الناس الذين هم تحت ولاية الولي ، كالسلطان والحاكم ، وسائر ولاة الامور • فمن يلي من أمور الناس شيئاً فعليه أن يتصرف فيها التصرف الذي يحقق المصلحة لهم ، لانه ما ولي هذا الامر وما أعطي السلطة الا لخدمة المواطنين واقامة العدل فيهم وتحقيق الخير والمصلحة لهم • فهذه القاعدة تبين أصلا عظيما من اصول السياسة الشرعية والحكم الصالح • وبناء على هذه القاعدة لا يجوز لولي الامر أن يعين في الوظائف العامة الا الكفؤ الامين ، فقد جاء في الحديث الشريف عن النبي (ص) : « من ولي من أمر المسلمين شيئاً فولى رجلا وهو يجد من هو أصلح للمسلمين منه فقد خان الله ورسوله »[١] • ولا يجوز لولي الامر السماح بشيء من المفاسد المحرمة شرعا كالفسق والخمر والقمار ولو بحجة جباية الاموال والضرائب[٢] •

---

(١) السياسة الشرعية للامام ابن تيمية ص٤ وما بعدها

(٢) المدخل الفقهي العام للاستاذ مصطفى أحمد الزرقاء ص٧٠١

القاعدة الثانية عشرة

لا ضرر ولا ضرار

٩٧ـ تشتمل هذه القاعدة على حكمين :

الاول : لا يجوز الاضرار ابتداء ، أي لا يجوز للانسان أن يضر شخصا آخر في نفسه أو ماله لان الضرر ظلم والظلم محرم في جميع الشرائع • والضرر الممنوع هو الضرر الفاحش مطلقا ، أي حتى لو نشأ من قيام الانسان بالافعال المباحة ، كمن يحفر في داره بئرا أو بالوعة ملاصقة لجدار جاره ، أو بنى جدارا يمنع النور عن جاره • وكذلك يمنع الضرر الناشيء من فعل غير مشروع كمن يحفر حفرة في الطريق العام • أما الضرر غير الفاحش اذا نشأ من فعل مشروع فليس بممنوع ، كما لو بنى شخص جدارا في داره سد نافذة من نوافذ غرفة جاره[١] •

الثاني : لا يجوز مقابلة الضرر بالضرر وهذا معنى ولا ضرار • اذ على المتضرر أن يراجع القضاء لتعويض ضرره ، وعلى هذا فمن أتلف مال غيره لا يجوز للغير أن يتلف مال المتلف ، بل عليه مراجعة المحكمة لتعويضه عن الضرر • ويلاحظ هنا أن مقابلة الضرر بالضرر قد تكون مباحة أو واجبة كما في العقوبات التي يوقعها أولو الامر بالمجرمين ، فان العقاب ضرر لا شك فيه يقابل ضرر اجرامهم ولكن الشريعة أباحته وأوجبته لزجر المجرمين وتأديبهم ومنع الاعتداء على الناس •

القاعدة الثالثة عشرة

الضرر يزال

٩٨ ـ الضرر ظلم ، كما قلنا ، فتجب ازالته ، وعلى هذه القاعدة بنيت فروع كثيرة ، منها رد المبيع بالعيب ، والحجر على الصغير والمجنون ، وتشريع نظام الشفعة ، وضمان المتلفات ، وقمع الفتن وقتال البغاة ، واتخاذ التدابير الوقائية لمنع انتشار الاوبئة والامراض ، وبيع مال المدين المماطل

---

(١) الاستاذ منير القاضي ، شرح المجلة ، ص٨٠

جبرا عليه لايفاء الدين ، ومنع من ينشىء في داره مدبغة تؤذي الجيران ونحو ذلك . ولكن الضرر اذا وجبت ازالته فانه لا يزال بمثله ، كما نطقت بهذا قاعدة أخرى ، فلا يجوز ازالة ضرر باحداث ضرر مثله أو أشد ، وعلى هذا ليس للمشتري أن يرد المبيع بالعيب القديم اذا حدث فيه عيب جديد . كما أن الضرر يزال بقدر الامكان أي يجب أن ندفعه بالوسيلة الممكنة لدفعه ، كمن يفتح شباكا مطلا على مقر نساء جاره فانه يكلف بسده فاذا وضع عليه ستارة ثابتة تكفي لسده فقد أزال الضرر .

القاعدة الرابعة عشرة

يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام

٩٩ ـ الضرر العام يصيب عموم الناس ، والضرر الخاص يصيب فردا واحدا أو فئة قليلة ، ولهذا كان هذا الضرر دون الضرر العام ، ولهذا يدفع الضرر العام وان استلزم هذا الدفع ايقاع ضرر خاص ، وعلى هذه القاعدة بنيت أحكام كثيرة منها منع المفتي الماجن والطبيب الجاهل وان كان في هذا المنع ضرر لهما . وجواز هدم البيوت لمنع سريان الحريق ، وتحديد أسعار المواد الغذائية وسائر المواد التي يحتاجها الناس عند طمع التجار في زيادة أثمانها واحتكارها . ومنع اخراج بعض المواد من بلدة الى أخرى اذا كان في اخراجها ارتفاع الاسعار في البلدة . وجواز هدم الجدار المائل على الطريق .

القاعدة الخامسة عشرة

الضرر الاشد يزال بالضرر الاخف

١٠٠ ـ يعني أن الضرر تجوز ازالته بضرر أخف منه . ومن فروع هذه القاعدة تملك الشفيع لما أحدثه المشتري في العقار بقيمته ولا يكلف بالقلع . ولمن خشي على نفسه الهلاك جوعا أن يأخذ من مال غيره ما يدفع به الهلاك عن نفسه ، ولو جبرا على صاحبه الا اذا كان صاحب المال محتاجا اليه كاحتياجه هو له . والاجبار على اداء النفقات . وحبس المدين المليء

المماطل • ومثل كسر السداد لتخليص البلد من الغرق •

القاعدة السادسة عشرة

الضرورات تبيح المحضورات

١٠١ ـ الضرورة هي العذر الذي يجوز بسببه اجراء الشيء الممنوع وارتكاب المحظور ، فهي ظرف قاهر يلجيء الانسان الى فعل المحرم • ومن فروع هذه القاعدة أكل الميتة عند الضرورة ، واجراء كلمة الكفر عند الاكراه الشديد ، والقاء بعض الحمولة من السفينة المشرفة على الغرق تخليصا للنفوس من الموت غرقا ، وأخذ مال الغير لدفع الهلاك المحقق عن النفس • ويجب أن يلاحظ آن ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها أي لايرتكب المحرم الا بالقدر الذي تدفع به الضرورة ، فمن اضطر الى أكل الميتة لا يأكل منها الا قدر ما يمسك عليه حياته ولا يشبع منها • والقاء المتاع من السفينة يتحدد بقدر ما يدفع عنها الغرق •

القاعدة السابعة عشرة

الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة

١٠٢ ـ الحاجة العامة هي التي لا تخص ناسا دون ناس ولا قطرا دون قطر ، بل تعمهم جميعا كالحاجة الى الايجار والاستئجار • والخاصة هي التي تختص بناس دون ناس وفئة دون فئة أو صنف دون صنف كحاجة التجار الى اعتبار البيع بالنموذج مسقطا لخيار الرؤية[١] • ومثل تجويز بيع السلم وبيع الاستصناع فان الحاجة اليهما قائمة فاجيزا •

القاعدة الثامنة عشرة

دريء المفاسد أولى من جلب المنافع

١٠٣ ـ القصد من تشريع الاحكام دفع المفاسد عن الناس وجلب المصالح لهم • والمصالح المحضة وكذلك المفاسد المحضة قليلة ، والغالب منها

(١) الاستاذ منير القاضي ، المرجع السابق ، ص٩١

اشتمل على المصالح والمفاسد[1] ، وعلى هذا اذا تعارضت مفسدة ومصلحة فان دفع المفسدة يقدم على جلب المصلحة لان الشريعة اعتنت بالمنهيات أكثر من اعتنائها بالمأمورات ، وعلى هذا يمنع الشخص من اجراء عمل ينتج ضررا بالغير أكثر من المنفعة التي يجنيها كما في تصرفه في ملكه تصرفا ينتج ضررا كبيرا بجاره .

القاعدة التاسعة عشرة

العادة محكمة

١٠٤ ـ معنى هذه القاعدة ان العادة عامة كانت أو خاصة تجعل حكما لاثبات حكم شرعي . ومعنى « محكمة » أي هي المرجع عند النزاع لانها دليل ينبني عليه الحكم . والعرف بمعنى العادة . والعادة هي تكرر الشيء ومعاودته حتى يتقرر في النفوس ويكون مقبولا عندها . وانما تجعل العادة حكما لاثبات الحكم الشرعي اذا لم يرد نص بذلك الحكم المراد اثباته ، فاذا ورد النص عمل بموجبه ولا يجوز ترك النص والعمل بالعادة[2] . ومن أمثلة هذه القاعدة أن ألفاظ الواقفين تفسر حسب عرفهم . ومن دفع ثوبه الى من يخيطه أو يغسله أو ركب سفينة وصاحبها معروف بأخذ الاجرة على ذلك استحق الاجرة[3] . وكل ما جرى العرف على اعتباره من مشتملات المبيع يدخل في البيع من غير ذكر ، كالحديقة المحيطة بالدار تدخل في البيع بلا ذكر لعرف الناس بذلك .

ويلاحظ هنا أن العادة انما تعتبر اذا كانت مطردة ، أي لا تتخلف ، أو غالبة أي تختلف أحيانا ، كما جاء في القاعدة الاخرى : « انما تعتبر العادة اذا أطردت أو غلبت » ، وأن تكون هذه العادة مقارنة لحصول الشيء أو سابقة عليه ، ولا تعتبر العادة أو العرف الطارىء بعد حدوث الشيء المراد تحكيم العرف والعادة فيه[4] . كما يشترط في العادة حتى تعتبر أن لا تكون

---

(١) قواعد الاحكام في مصالح الانام للامام عزالدين بن عبدالسلام ص١٢

(٢) الاستاذ علي حيدر ، المرجع السابق ، ص٤٠

(٣) القواعد للحافظ أبي الفرج عبدالرحمن بن رجب الحنبلي ص٣٢٠

(٤) عزالدين بن عبدالسلام ، المرجع السابق ، ص١٢٥

مخالفة لنص الشارع ولا لشرط المتعاقدين .

وبناء على رعاية العرف جاءت القاعدة الفقهية « المعروف عرفا كالمشروط شرطا » أي ما جرى به العرف يراعى من دون اشتراطه في عقود الناس وتصرفاتهم . فالنوم في الفناق والغسل في الحمامات والاكل في المطاعم ، كل ذلك يستلزم دفع الاجرة لان العرف يقضي بذلك وان لم تذكر من قبل أطراف العقد . وكذلك اشتغال شخص لآخر دون اتفاق على أجرة ينظر الى العرف فان كان يقضي له بالاجرة قضي له بها ، كالدلال ، وان لم يقض له بها لم يستحق المشتغل أجرة[1] .

وتفرعت ، أيضا ، من هذه القاعدة قاعدة التعيين بالعرف كالتعيين بالنص أي ان ما يقضي بتعيينه العرف يكون كالمعين بالنص الصريح كالتوكيل في البيع المطلق يحمل على البيع بثمن المثل . والودائع ، يقضي العرف أن يحفظها الوديع في حرز مثلها المعتاد وان لم يشترط ذلك المودع .

القاعدة العشرون

لا ينكر تغير الاحكام بتغير الازمان

١٠٥ ـ الاحكام التي تتغير بتغير الازمان هي الاحكام المبنية على العرف والعادة ، لانه بتغير الازمان تتغير احتياجات الناس ، وبناء على هذا التغير يتبدل أيضا العرف ، وبتغير العرف تتغير الاحكام المبنية عليه . أما الاحكام المستندة الى أدلة شرعية لم تبن على عرف وعادة فانها لا تتغير كالقصاص من القاتل العمد لم يبن على عرف وعادة فلا يتغير . ومن الامثلة على ذلك :

سقوط خيار الرؤية برؤية غرفة من غرف الدار لجريان العرف في الزمن القديم على بناء الدور ومشتملاتها على نمط واحد ، ثم لما تغير عرف الناس وعاداتهم في بناء الدور أفتى الفقهاء بعدم سقوط خيارالرؤية برؤية غرفة واحدة ، بل لا بد من رؤية جميع مشتملات الدار . ذهب الامام أبو حنيفة الى عدم لزوم تزكية الشهود في دعوى المال ، الا اذا طعن الخصوم

---

(١) الامام عزالدين بن عبدالسلام ، المرجع السابق ، ص١٢٧

فيهم ، لصلاح الناس في زمانه ، ولكن لتغير أحوال الناس وخراب الذمم أفتى أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني الى ضرورة تزكية الشهود سرا وعلنا • وعند فقهاء الحنفية لا يجب الضمان على الغاصب ، ولكن أفتى فقهاؤهم المتأخرون على وجوب الضمان على غاصب مال اليتيم والوقف والمعد للاستغلال لاعتياد الناس على التساهل بالانتفاع بأموال اليتامى والوقف والمعد للاستغلال على وجه الغصب •

القاعدة الحادية والعشرون

العبرة للغالب الشائع لا للنادر

١٠٦ ـ الشائع هو الامر الذي أصبح معلوما للناس وذائعا بينهم • والنادر هو القليل الحدوث • فالمعول عليه والمنظور اليه في ترتيب الاحكام هو الامر الشائع لا الامر النادر • ومن فروع هذه القاعدة : الحكم ببلوغ من له من العمر خمس عشرة سنة لانه هو العمر الشائع للبلوغ وان كان البعض لا يبلغ الا في السابعة عشرة أو الثامنة عشرة الا أنه نادر قليل فلا يعول عليه • وكذلك الحكم بسبع سنين لمدة حضانة الصبي وتسع سنين لحضانة البنت مبني على الشائع المتعارف من أن الصبي اذا بلغ السابعة من عمره يستغني عمن يعينه في لباسه وأكله ونحو ذلك[1] •

القاعدة الثانية والعشرون

الغرم بالغنم

١٠٧ ـ أي ان من ينال نفع شيء يجب أن يتحمل ضرره • ومن فروع هذه القاعدة أن الشركاء يتحملون الخسارة بنسبة حصصهم في مال الشركة كما يأخذون الربح بنسبة هذه الحصص • وكذا نفقات ترميم العقار المشترك تكون على الشركاء بنسبة حصصهم فيه كما هو الحكم في تقسيم غلته • واجور تسجيل بيع العقار في الطابو يتحملها المشتري لانه هو الذي ينتفع بهذا التسجيل فيتحمل نفقاته •

---

(١) الاستاذ علي حيدر ، المرجع السابق ، ص٤٥

القاعدة الثالثة والعشرون

جناية العجماء جبار

١٠٨ – أي ما تتلفه البهيمة أو ما تسببه من ضرر للناس يعتبر هدرا لا ضمان على صاحبها الا اذا نشأ ذلك عن تعد منه أو تقصير • فلو ربط شخص فرسه في المحل المعد لها فأتلفت فرسا لآخر فلا ضمان على صاحبها • ولكن لو أطلق شخص دابته في مزروعات الغير أو رآها فيه دون أن يطلقها هو فلم يمنعها ويحجزها عن الزرع ضمن في الحالتين لانه في الاولى يعتبر متعديا وفي الثانية مقصرا •

القاعدة الرابعة والعشرون

لا يجوز لاحد أن يتصرف في ملك الغير بلا اذنه

١٠٩ – ملك الغير محترم فلا يجوز انتهاك حرمته بالتصرف فيه بلا اذن من صاحبه • وعلى هذا لا يجوز استعمال المال المشترك من قبل الشريك بلا اذنه ، ولا استعمال حائط الجار بلا اذنه • والاذن قد يكون صريحا كما في توكيل انسان لآخر في بيع داره • وقد يكون الاذن دلالة ، كما في ذبح الراعي شاة مشرفة على الهلاك لانه مأذون دلالة من صاحبها بذبحها في هذه الحالة • وكما لا يجوز لاحد التصرف في ملك الغير بدون اذنه ، لا يجوز أيضا له أن يأمر غيره بالتصرف في ملك الغير ، وعلى هذا الاساس جاءت القاعدة الفقهية « الامر بالتصرف في ملك الغير باطل » ، فان فعل المأمور في هذه الحالة كان ضامنا ما فعله كما لو أتلف مالا تنفيذا لامر الغير واذا كان مجبرا لا ضمان عليه ، أما اذا جهل كون المال راجعا للغير لا للآمر فانه في هذه الحالة يضمن وله حق الرجوع على الآمر •

القاعدة الخامسة والعشرون

الاجر والضمان لا يجتمعان

١١٠ – المراد بضمان الشيء اعطاء مثله ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا • ومعنى القاعدة أن ما يجب فيه ضمان لا تجب فيه أجرة ، لان في

الضمان معنى التملك ، فالضامن كالمالك ، والمالك لا يدفع أجرة عما يملكه فكذا الضامن • وعلى هذا من استأجر شيئاً ثم أتلفه بتعد منـــه أو تقصير ، ضمن ما أتلف بالمثل أو بالقيمة ولا أجرة عليه[1] •

القاعدة السادسة والعشرون

من استعمل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه

١١١ ـ هذه القاعدة قامت على معاني السياسة الشرعية وسد الذرائـع المفضية الى المفاسد • ومعنى القاعدة ان من يتوسل بالوسائل غير المشروعـة استعجالا منه للحصول على مقصوده فانه يحرم من مقصوده هذا جزاء فعله واستعجاله • ومن فروع هذه القاعدة ، حرمان الوارث من الارث اذا قتـل مورثه بلا سبب شرعي ، وكذا يحرم الموصى له من الوصية اذا قتل الموصي بلا سبب شرعي • وتوريث مطلقة الفار طلاقا بائنـا • والفـار هو المريض مرض الموت اذا طلق زوجته في مرضه هذا طلاقا بائنا فانها ترثه ردا لقصده السيء ، وكذا تحريم المرأة على من تزوجها في العدة يفرق بينهما ولا تحل له بعد هذا التفريق على ما أفتى به فقهاء السلف •

---

(١) الاستاذ منير القاضي ، المرجع السابق ، ص١٥١

الباب الثاني

أدوار الفقه

١١٢ ـ تمهيد :

قلنا ، ان الفقه هو العلم بالاحكام الشرعية العملية ، أي الاحكام المتعلقة بأفعال المكلفين أو هو هذه الاحكام نفسها •

وأفعال المكلفين لا تبقى ثابتة على نمط واحد واسلوب معين وقدر محدود ، فان تتابع الليل والنهار وتبدل الاحوال والظروف واختلاف البيئات كل ذلك يدعو الى زيادة هذه الافعال واتساعها ، وتنوعها واختلافها ، وتبدل بعضها وتطوره كما هو مشاهد في الماضي والحاضر • ومن البديهي أن يكون الفقه هو الآخر في نمو واتساع وازدياد وتطور تبعا لذلك •

ونحن في هذا الفصل نريد أن نرجع الى أيام الفقه الاولى لننظر كيف نشأ ، ثم نتابعه في نشأته لنرى كيف نما وازدهر ، ثم كيف ركد ووقف ، ولنقف على العوامل والاسباب التي أثرت في أطواره هذه كلها •

وفي سبيل هذا الذي نريد ، آثرنا أن نقسم الادوار التي مر بها الفقه الى ستة أدوار ، تسهيلا للبحث ، ثم نتكلم عن كل دور في فصل على حدة •
وهذه الادوار هي :

أولا ـ عصر النبي (ص)

ثانيا ـ عصر الخلفاء الراشدين

ثالثا ـ عصر ما بعد الخلفاء الراشدين الى أوائل القرن الثاني للهجرة أو الى قبيل سقوط الدولة الاموية •

رابعا ـ من أوائل القرن الثني الهجري الى منتصف القرن الرابع الهجري •

خامسا ـ من نهاية الدور السابق الى سقوط بغداد على يد التتر سنة ٦٥٦ هـ •

سادسا ـ من سقوط بغداد الى وقتنا الحاضر •

هذا وان بعض الكتاب يسمي أدوار الفقه الاسلامي بـ « أدوار التشريع الاسلامي » مع أن التشريع ، وهو سن الاحكام الشرعية ، من حق الله وحده • ووجهتهم في هذه التسمية هو أن الفقه يستند الى نصوص الشريعة والمصادر التي أشارت اليها ، وان استنباط الاحكام من هذه المصادر كان باذن من الشريعة • وعلى كل حال فسواء قلنا أدوار الفقه أو أدوار التشريع الاسلامي فالمعنى واحد ، على اعتبار أن المقصود بالتشريع الاسلامي هو الاحكام التي وردت بها النصوص الصريحة في الكتاب والسنة أو التي استنبطت استنباطا من هذه النصوص أو من المصادر التي أشارت اليها هذه النصوص •

الفصل الاول

الدور الاول

عصر النبي (ص)

١١٣ – يعتبر عصر النبي (ص) أهم العصور الفقهية على الاطلاق ، لان التشريع الآلهي تم في هذا العصر ، والتشريع الآلهي – كما هو معلوم – أساس الفقه في جميع أدواره وعصوره في الماضي والحاضر والمستقبل •

والفقه في هذا العصر هو فقه الوحي فقط ، فكانت الاحكام الشرعية تنزل على النبي (ص) بلفظها ومعناها (أي القرآن) أو بمعناها فقط (أي السنة) ويقوم النبي (ص) بتبليغها الى الناس • فمصدر الاحكام الشرعية هو الوحي ولا شيء غيره ، أما اجتهاد النبي (ص) وأصحابه فراجع الى الوحي كما سنبين ذلك فيما بعد •

١١٤– التشريع في مكة ، أو التشريع المكي :

لبث النبي (ص) ما يقرب من ثلاث عشرة سنة في مكة المكرمة وهي المدة من بعثته الى هجرته • وقد اتجه الوحي في هذه الفترة الى ناحية العقيدة والاخلاق ولم يتعرض الى الاحكام العملية الا قليلا وبشكل كلي غالبا[1] •

والسبب في هذا النهج هو أن العقيدة هي الاساس الاول لكل ما تأتي به الشريعة من أحكام وتفصيلات ، فلا بد ، اذن ، من اصلاحها وتنقيتها من الشوائب والاباطيل ، وجعلها قائمة على الايمان بالله ورسوله واليوم الآخر• وهكذا كانت آيات القرآن تنزل موضحة هذا المعنى بالدليل والبرهان ، طالبة من المخاطبين استعمال عقولهم والنظر في ملكوت السموات والارض ،

(١) الشاطبي ج٣ ص٤٦ وما بعدها

منكرة عليهم جهلهم باصول العقيدة الحقة وتقليدهم الأعمى لضلال الآباء والاجداد ... وكذلك كان القران ينزل بالآيات الكثيرة في الاخلاق ولزوم الاعتصام بالطيب منها دون الخبيث ، لان الاخلاق الفاضلة من لوازم العقيدة الحقة واساس العمل الصالح . أما الاحكام العملية فكان تشريعها على نحو قليل وكلي لا تفصيلي ، فما كان في المسلمين من حاجة الى الاحكام العملية التفصيلية وهم قلة مستضعفون لا قوة لهم ولا سلطان ، حتى ان بعضهم هاجر الى الحبشة فرارا بدينه وتخلصا من أذى المخالفين المشركين .

١١٥ ـ التشريع بعد الهجرة ، أو التشريع المدني :

ثم أذن الله لنبيه (ص) بالهجرة الى المدينة بعد أن أسلم بعض أهلها وتهيأ المجال لنقلة النبي (ص) اليها وقيامه بالدعوة فيها واتخاذها مركزا لدولة الاسلام ... وهكذا هاجر النبي (ص) وأصحابه اليها فوجدوا الجو ملائما لان يقيموا لهم تنظيما اجتماعيا وسياسيا على أساس الدين الجديد . فظهرت أول دولة اسلامية في تلك البقعة الصغيرة النائية ، المدينة ، وكان أول رئيس لها هو النبي (ص) . ومن ذلك الوقت ظهرت الحاجة الى التشريعات العملية التي تقام عليها أمور هذا المجتمع الاسلامي الجديد ، وتساس بمقتضاها شؤون هذه الدولة الاسلامية الفتية . فاتجه التشريع الى النواحي العملية ، سواء منها ما اتصل بحياة الافراد أو بحياة الجماعة ، فشرعت أحكام العبادات والجهاد ، وتنظيمات الاسرة من زواج وبيان لحقوق الزوجين والفرقة واسلوبها ومدتها والبنوة وحقوقها والميراث وانصبة الورثة ونحو ذلك . كما أنزلت الاحكام المتعلقة بالجرائم والعقوبات وأنواع المعاملات وحقوق الحاكم والمحكوم وعلاقة الدولة الاسلامية مع غيرها . وباختصار لم يترك التشريع الآلهي جانبا من جوانب الحياة الا جاء بتنظيم دقيق محكم له .

١١٦ ـ طريقة التشريع :

كان تشريع الاحكام في هذا العصر يتم بأحد الوجهين التاليين :

الاول : تقع حوادث تقتضي حكما من الشارع ، أو يعرض للمسلمين

أمور تقتضيهم سؤال النبي (ص) عن حكمها • ففي هذه الحالات كان النبي (ص) ينتظر الوحي السماوي فينزل عليه بالآية أو الآيات مبينة حكم ما وقع أو جواب ما سئل عنه • وقد ينزل عليه الحكم بالمعنى ويعبر عنه بلفظه وهذا هو السنة • وأحيانا لا ينزل عليه الوحي بالحكم المطلوب فيجتهد النبي (ص) كما حصل له في قضية أسرى بدر وغيرها مما سنبينه فيما بعد •

فمن الاحكام التي نزلت بمناسبة حوادث وقعت ، قوله تعالى : (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم) فقد نزلت هذه الآية بمناسبة حادثة خلاصتها ان أحد المسلمين عزم على نكاح مشركة وعلق نكاحه على موافقة النبي (ص) فلما أخبره بذلك نزلت هذه الآية •

ومن الاحكام التي نزلت جوابا عن سؤال قوله تعالى : (ويسألونك عن المحيض ، قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن) • وقوله تعالى : (ويسألونك عن اليتامى قل اصلاح لهم خير) • و (ويسألونك ماذا ينفقون قل العفو) • ومن السنة ما روى أن بعض الصحابة سألوا النبي (ص) عن ماء البحر وجواز الوضوء به فقال لهم : « هو الطهور ماؤه الحل ميتته »[1] •

الثاني : ورود الاحكام غير مسبوقة بسؤال ولا حادثة معينة ، ولكن الشارع يرى ان الاوان قد آن لتشريع هذه الاحكام لضرورتها للمجتمع الذي يريد تكوينه وايجاده ، لان الشريعة ما جاءت فقط لسد حاجات قائمة واعطاء الحلول لوقائع حاصلة فعلا وانما جاءت لايجاد مجتمع من نوع خاص قائم على أسس معينة ليكون هو المثل الاعلى لكل مجتمع في المستقبل • ومن هذا النوع من الاحكام ، الشورى في الحكم ، وتبيان مقادير الزكاة ، وتفصيل كثير من أحكام الاسرة وبيان بعض العقوبات ونحو ذلك •

---

(١) نيل الاوطار ج١ ص١٤

١١٧ - مميزات التشريع في هذا الدور :

قام التشريع على أساس مراعاة مصالح الناس ودرء الاضرار والمفاسد عنهم ، وهذا هو الاصل الكبير الجامع لجميع أحكام الشريعة الاسلامية . وبناء على هذا الاصل نستطيع أن نعدد ميزات التشريع في هذا الدور ، وهي بالحقيقة مظاهر لهذا الاصل الكبير : رعاية مصالح الناس ودفع الضرر عنهم. فمن هذه المظاهر ، وان شئت قل الميزات ، ما يأتي :

١١٨ - أولا - التدرج في التشريع :

فالقرآن الكريم ما نزلت أحكامه مرة واحدة وكذا أحكام السنة ما جاءت دفعة واحدة . وقد رأينا أن الاحكام كانت تنزل جوابا عن سؤال ، أو تبيانا لحكم حادثة وقعت أو بناء على تقدير الشارع ان حكما معينا قد آن أوان تشريعه وتنفيذه وهذا كله يجعل التشريع موصوفا بالتدرج . والحكمة في ذلك ان هذا النهج في التشريع يجعل الاحكام أخف على النفس مما لو نزلت دفعة واحدة وبالتالي تكون أدعى الى القبول والامتثال . كما أن في هذا التدرج تيسيرا للمخاطبين لمعرفة الاحكام وحفظها والاحاطة بأسبابها وظروف تشريعها ، وهذا هو الملائم لحالة العرب ، وهم المسلمون الاولون، اذ ما كانت القراءة والكتابة شائعة فيهم ، وكان جل اعتمادهم على ذاكرتهم وحفظهم ، فمن حقهم أن تراعى حالتهم هذه وتنزل عليهم الاحكام شيئا فشيئا حتى يمكنهم استيعابها ومعرفتها وحفظها .

والتدرج في التشريع أنواع :

أ - تدرج زمني : بمعنى أن الاحكام ما كانت تنزل في زمن واحد ، وانما كان منها المتقدم ومنها المتأخر كما هو معروف ، فأحكام القانون الاسلامي ما شرعت دفعة واحدة وانما استغرق تشريعها طيلة مدة النبوة .

ب - تدرج في أنواع ما شرع من أحكام : وهذا أمر ظاهر ، فان المسلمين لم يكلفوا بالتكليفات الكثيرة في بدء الاسلام ، بل أخذوا بالرفق تيسيرا على نفوسهم ، فجاءت التكليفات قليلة أولا ليكون كل تكليف سابق تمهيدا لقبول التكليف اللاحق . فالصلاة مثلا شرعت في أول الامر صلاة

بالغداة وصلاة بالعشي ثم جعلت خمس صلوات في اليوم والليلة • والزكاة ما كان لها حد محدود وانما ترك الامر للمسلم ينفق ما يستطيعه ويشاؤه ، ثم عينت مقاديرها على سبيل الالزام • والخمر ما حرمت رأسا وانما مهد لها ببيان أضرارها أولا ثم النهي عن قربان الصلاة في حالة السكر ثانيا ثم جاء التحريم القاطع أخيرا • والقتال كان في بدء الاسلام غير مأمور به لقلة عدد المسلمين ، فأمروا بالعفو والصبر على الاعداء ، والاعراض عنهم وترك مقاتلتهم ، قال تعالى : « اتبع ما أوحي اليك من ربك لا اله الا هو وأعرض عن المشركين »[1] ثم لما قوى المسلمون أذن لهم في القتال دفاعا عن أنفسهم ، قال تعالى : « أذن للذين يقاتلون بأنهم ظلموا وان الله على نصرهم لقدير »[2] ثم فرض عليهم القتال فرضا قال تعالى : « وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا ان الله لا يحب المعتدين »[3] « وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله »[4] •

ج – تدرج بذكر الاحكام بشكل كلي ثم يأتي التفصيل بعد ذلك • فالتشريع المكي ، فيما تعرض له من أحكام عملية ، جاء بشكل كلي ثم جاء التشريع المدني مفصلا لهذا الكلي[5] •

١١٩ – ثانيا – رفع الحرج :

ومن مميزات التشريع في هذا الدور أيضا ، رفع الحرج[6] • وهذا ظاهر للمتتبع لاحكام الشريعة ، فهناك نصوص صريحة تدل على أن الشارع ما يريد بعباده الا التيسير والتخفيف ولا يريد بأحكامه التضيق والتشديد قال تعالى : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » « يريد الله أن يخفف عنكم » « وما جعل عليكم في الدين من حرج » • وفي السنة أيضا

---

(١) سورة الانعام ، الاية ١٠٦

(٢) سورة الحج ، الاية ٣٩

(٣) سورة البقرة ، الاية ١٩٠

(٤) سورة الانفال ، الاية ٣٩

(٥) الشاطبي ج٣ ص٤٦ وما بعدها

(٦) وهذه الميزة ليست خاصة بهذا الدور ، بل هي ميزة أصيلة للتشريع الاسلامي لا ينفك عنها في أي دور من الادوار •

الشيء الكثير من النصوص بهذا المعنى ، من ذلك « يسروا ولا تعسروا » « بعثت بالحنيفية السمحة » • وصح أن النبي (ص) ما خير بين شيئين الا اختار أيسرهما • وقال عليه السلام : « لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك عند كل صلاة » •

فرفع الحرج أصل مقطوع به في الشريعة ، ومن مظاهره ما يأتي :

أ ـ اعتبار المرض والسفر والاكراه والخطأ والنسيان اعذارا لتخفيف الاحكام وتشريع الرخص • والقاعدة الشرعية «الضرورات تبيح المحظورات» بنيت على أصل رفع الحرج دفعا للمشاق والضيق عن أصحاب الاعذار والضرورات •

ب ـ قلة التكاليف في الشريعة : فالتشريع الآلهي في هذا العصر لم يأت بتكاليف كثيرة ترهق المكلفين لان في الارهاق حرجا وضيقا ، والحرج مرفوع كما قدمنا • كما أن المقصود من التكليف ايصال المكلف الى الحياة السعيدة في الدنيا والآخرة فلا يأتي التشريع الا بالقدر اللازم الذي تطيقه الطبيعة البشرية • ومما يدل على أن رغبة الشارع تقليل التكاليف ما أمكن التقليل ما جاء في السنة من أحاديث منها : « ان الله فرض فرائض فلا تضيعوها وحد حدودا فلا تعتدوها وحرم أشياء فلا تنتهكوها ، وسكت عن أشياء رحمة بكم غير نسيان فلا تبحثوا عنها » وعندما سأل أحدهم النبي(ص) عن الحج وهل هو في كل عام ؟ قال النبي (ص) : « لو قلت نعم لوجبت ، ذروني ما تركتكم فانما هلك من كان قبلكم بكثرة مسائلهم واختلافهم على أنبيائهم » •

١٢٠ ـ ثالثا ـ النسخ :

ومعناه رفع الحكم السابق بحكم لاحق • وقد وقع النسخ في التشريع الاسلامي في هذا الدور فقط ، وسببه رعاية المصلحة ورفع الحرج والضيق عن المكلفين وأخذهم بسنة التدرج والرفق ، فمن ذلك :

أ ـ ان عدة المتوفى عنها زوجها كانت في أول الامر سنة كاملة وكان

على الزوج أن يوصي لها بالنفقة والسكنى في هـذه المدة ، قال تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا وصية لازواجهم متاعا الى الحول غير اخراج »[1] ثم جعلت العدة أربعة أشهر وعشرة أيام ، قال تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهرا وعشرا »[2] .

ب ـ وكانت الوصية للوالدين والاقربين واجبة ثم نسخت بآية المواريث كما جاءت السنة مؤكدة لهذا النسخ فقد جاء في الحديث عن النبي (ص) : « ان الله أعطى كل ذي حق حقه ألا لا وصية لوارث » .

ج ـ نهى النبي (ص) عن زيارة القبور ثم أباحها بعد ذلك ، فقد جاء في الحديث : « كنت قد نهيتكم عن زيارة القبور ، ألا فزوروها فانها تذكركم الآخرة » .

د ـ ونهاهم النبي (ص) عن ادخار لحوم الاضاحي لاجل الوفود التي جاءت الى المدينة ثم أباح لهم الادخار بعد ذلك .

هـ ـ كانت القبلة أولا الى بيت المقدس ثم جعلت القبلة في الصلاة الى الكعبة .

١٢١ ـ الاجتهاد في هذا العصر وأثره في التشريع :

قلنا ان الفقه في هذا العصر هو فقه الوحي ، أي أن مصدر التشريع هو وحي الله في قرآنه أو على لسان رسوله في السنة . ولكن ثبت أن النبي (ص) اجتهد ، وانه أذن لاصحابه بالاجتهاد وأقرهم على بعض ما اجتهدوا فيه ، فهل يعتبر الاجتهاد في هذا الدور مصدرا للفقه وتشريع الاحكام ؟ هذا ما نجيب عليه ، مبتدئين أولا بذكر بعض ما اجتهد فيه النبي (ص) وما اجتهد فيه أصحابه .

١٢٢ ـ فمن اجتهادات النبي (ص) انه أخذ الفداء من أسرى بدر ، لان حكم الاسرى ما كان قد شرع في ذلك الحين ولم ينزل الوحي بحكم

(١) سورة البقرة ، الاية ٢٤٠ .
(٢) سورة البقرة ، الاية ٢٣٤

هؤلاء الأسرى فاجتهد النبي (ص) واستشار أبا بكر وعمر فأشار أبو بكر بأخذ الفداء وخالفه عمر ، فأخذ النبي (ص) الفداء من الاسرى . ومنه أيضا اذنه للمتخلفين عن غزوة تبوك بالبقاء في المدينة بناء على ما ادعوه من أعذار . ومنه ما جاء في الحديث أن النبي (ص) قال لاحدى أزواجه : « لولا أن قومك حديثوا عهد بكفر لبنيت الكعبة على قواعد ابراهيم » وهذا الخبر يشهد بأن النبي (ص) كان يرجح بعض الامور على بعض لما يراه من المصلحة للامة . وكذلك قوله عليه السلام : « لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك عند كل صلاة » فهذا تخير منه عليه السلام في أمر السواك وايثار ترك الامر به لدفع المشقة عن الامة .

١٢٣ – ومن اجتهادات الصحابة : أو اذن النبي (ص) لهم بالاجتهاد ، حديث معاذ المشهور ، فان النبي (ص) بعثه الى اليمن وقال له : كيف تصنع ان عرض لك قضاء ؟ قال : أقضي بما في كتاب الله . قال : فان لم يكن في كتاب الله ؟ قال : فبسنة رسول الله . قال : فان لم يكن في سنة رسول الله ؟ قال : اجتهد رأيي لا آلو – أي لا أقصر – فضرب رسول الله (ص) بيده على صدره وقال : الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله » . فهذا دليل على اذن النبي (ص) للمسلمين في الاجتهاد . ومن ذلك أن صحابيين خرجا في سفر وحان وقت الصلاة ولم يكن معهما ماء فتيمما وصليا ثم وجدا الماء قبل خروج الوقت فتوضأ أحدهما وأعاد الصلاة ولم يعد الآخر ، فلما قدما على النبي (ص) وأخبراه بما حصل صوبهما ولم ينكر على أحدهما ، وقال للذي لم يعد صلاته : «أصبت السنة وأجزأتك صلاتك» . وقال للذي أعاد : « لك الاجر مرتين » . ومن ذلك أيضا أن النبي (ص) لما رجع من معركة الخندق وأراد أن ينزع لباس الحرب أمره الله بالتوجه الى بني قريظة ، فقال النبي (ص) لاصحابه « لا يصلين أحد منكم العصر الا في بني قريظة » فساروا مسرعين متوجهين الى بني قريظة ، فلما حان وقت العصر صلى بعضهم في الطريق وأول كلام النبي (ص) بأنه أراد السرعة في المسير لا تأخير الصلاة . ولم يصل البعض الآخر الا بعد وصوله الى بني

قريظة • ولم ينكر النبي (ص) على أحد الفريقين •

١٢٤ ـ فالاجتهاد ، اذن ، ثابت وواقع في عصر النبي (ص) • ولكنه لم يكن مصدرا للتشريع مستقلا عن الوحي • وبيان هذا ان اجتهاد النبي (ص) اما أن يكون عن الهام الله له فهذا وحي بالمعنى وهو من قبيل السنة ، واما أن يكون اجتهاده عليه السلام بدون الهام من الله له ، وفي هذه الحالة لا يقره الله على اجتهاده اذا لم يكن صوابا كما في قضية أسرى بدر اذ نزل القرآن مبينا أن أخذ الفداء ما كان صوابا ، وكذا نزل العتاب لاذنه للمتخلفين عن غزوة تبوك بالبقاء في المدينة • قال تعالى : « عفا الله عنك لم أذنت لهم حتى يتبين لك الذين صدقوا وتعلم الكاذبين » • فاجتهاد النبي (ص) مرده الى الوحي وليس بمصدر مستقل للتشريع •

أما اجتهاد أصحابه فمرده الى النبي (ص) فان أقره صار تشريعا للامة وان لم يقره لم يكن تشريعا ، فلا يعتبر اجتهاد الصحابة مصدرا للفقه • ولا يقال مالفائدة اذن من وقوع الاجتهاد اذا لم يكن مصدرا للتشريع ، لان الحكمة من وقوعه اعلام الامة بجواز استنباط الاحكام بطريق الاجتهاد وارشادها اليه •

١٢٥ ـ لا اختلاف في هذا العصر :

تبين مما قلناه أن النبي (ص) هو مرجع الفتيا والقضاء وهو المبلغ عن الله أحكام الاسلام ، فلا مصدر للتشريع في هذا العصر الا القرآن والسنة • أما اجتهاد الصحابة فمرده الى النبي (ص) فهو الذي يقره أو ينكره ، فما كان اجتهادهم مصدرا مستقلا للفقه ، وحيث لا اجتهاد فلا اختلاف ولا تعدد أقوال في المسألة الواحدة ، ولا اجماع •

١٢٦ ـ التدوين في هذا العصر :

اتخذ النبي (ص) كتابا يكتبون له ما ينزل من القرآن ، ومن هؤلاء زيد بن ثابت وعلي بن أبي طالب ، وعثمان بن عفان وغيرهم • كما أن بعض الصحابة كان يكتب لنفسه ما يتيسر له كتابته من آيات القرآن الكريم •

وتوفي الرسول (ص) والقرآن محفوظ في الصدور ، مدون كله في الرقاع ونحوها ، الا أنه لم يكن مجموعا في مصحف واحد وانما كان مفرقا حتى تم جمعه في مجموعة واحدة - أي في مصحف واحد - في زمن أبي بكر كما سنذكره فيما بعد .

أما السنة فلم يتخذ النبي (ص) كتابا يكتبونها ولم يأمر بكتابتها ، بل نهى عن كتابتها في أول الامر[1] خشية اختلاطها بالقرآن ثم أباح لهم كتابتها فكان بعض الصحابة يكتب ما يسمعه من النبي (ص) مثل عبدالله بن عمرو بن العاص[2] . والسنة ، وان لم تدون ، فقد كانت محفوظة في صدور الصحابة وبلغوها لغيرهم ولم يفقد منها شيء ، لان السنة مبينة للقرآن وشارحة له ، والقرآن محفوظ بحفظ الله . قال تعالى : « انا نحن نزلنا الذكر وانا له لحافظون » ومن تمام حفظه حفظ السنة المبينة له .

---

(۱) جاء في صحيح مسلم عن النبي (ص) : « لا تكتبوا عني ، ومن كتب عني غير القرآن فليمحه وحدثوا عني ولا حرج . ومن كذب علي متعمدا فليتبوأ مقعده من النار » . صحيح مسلم ج١٨ ص١٢٩ . وهذا النهي محمول - في أول الامر - على خشية اختلاط السنة بالقرآن فلما أمن اللبس والاختلاط أبيح لهم أن يكتبوا . ويجوز أن يكون النهي عن كتابة السنة موجها الى كتاب الوحي خاصة لئلا يختلط ما يكتبونه من السنة بما يكتبون من القرآن .

(۲) قال عبدالله بن عمرو بن العاص : كنت أكتب كل شيء أسمعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم أريد حفظه فنهتني قريش فقالوا : انك تكتب كل شيء تسمعه من رسول الله (ص) ورسول الله (ص) بشر ، يتكلم في الغضب والرضا ، فأمسكت عن الكتاب فذكرت ذلك لرسول الله (ص) فقال : « أكتب ، فوالذي نفسي بيده ما خرج مني الا حق » : مسند الامام أحمد ج١٠ ص١٢ .

الفصل الثاني

الدور الثـاني

عصر الخلفاء الراشدين

١٢٧ ـ تمهيـــد :

انقضى عصر النبي (ص) وقد تم فيه التشريع الآلهي في الكتاب والسنة وهما الاصلان العظيمان اللذان خلفهما هذا العصر للعصر الذي تلاه ولجميع العصور اللاحقة به •

وقد بدء الفقه بالنمو والاتساع في هـذا الدور الذي نحن بصدده ، ذلك أن الفقهاء بعد وفاة النبي (ص) واجهوا وقائع وأحداثا ما كان لهم بها عهد في أيام النبي (ص) فكان لابد من من معرفة حكم الله فيهـا • كما أن الحروب التي وقعت ومـا نتج عنهـا من قضـايا وعلاقات بين المسلمين وبين غيرهم في أثناء الحرب وبعدها أدت الى كثرة المسائل الفقهية • والفتوحات الاسلامية وما ترتب عليها من امتداد سلطان الاسلام على بلاد كثيرة ، واتصال المسلمين بأهل تلك البلاد ، ولكل بلد أعرافه وعاداته وتقاليده ونظمه ، كل ذلك أدى الى ظهور مسائل وقضايا جديدة تستلزم معرفة حكم الشرع فيها • وقد قام فقهاء الصحابة بمهمة التعرف على أحكام هـــذه المسائل والوقائـع الجديدة فاجتهدوا واستعملوا آراءهم على ضوء قواعد الشريعة ومبادئها العامة ومعرفتهم بمقاصدها • وهكذا ظهر الاجتهاد بالرأي كمصدر مستقل للفقه بعد أن لم يكن له وجود في عصر النبي (ص) • والاجتهاد ـ وهو يقـوم على الرأي ـ لابد أن يتبعه اختلاف وهذا ما حصل في هذا الدور وما كان له من وجود في عصر النبي (ص) • وكما اجتهد الفقهاء في هـــذا العصر

واختلفوا فقد اجتهدوا واتفقوا ، والاتفاق هو الاجماع ، وهكذا ظهر الاجماع في هذا الدور كمصدر للفقه وما كان له وجود في عصر النبي (ص) .

١٢٨ – طريقتهم في التعرف على الاحكام :

كان فقهاء الصحابة – اذا نزلت النازلة – التمسوا حكمها في كتاب الله ، فان لم يجدوا الحكم فيه تحولوا الى السنة ، فان لم يجدوا الحكم ، تحولوا الى الرأي وقضوا بما أداهم اليه اجتهادهم . وكان الاجتهاد في زمن أبي بكر وعمر بن الخطاب اجتهادا جماعيا أي يأخذ شكل الشورى ، فكان الخليفة اذا عرض عليه الامر دعا أولي الرأي والفقه وطرح عليهم المسألة وتناقشوا فيها فاذا اتفقت آراؤهم في حكم المسألة قضى بما اتفقوا عليه ، وان اختلفت أخذ بما يراه صوابا . وكما وقع الاجتهاد الجماعي وقع أيضا الاجتهاد الفردي ، من الخليفة نفسه ومن غيره . الا ان الاجتهاد الجماعي كان هو الغالب في عصر الخليفة الاول والثاني وكان أكثر ما يكون في المسائل العامة كما في مسألة تقسيم أرض السواد في العراق على الفاتحين واستشارة عمر لفقهاء الصحابة وكبارهم في هذه المسألة .

وقد وردت عن فقهاء الصحابة في هذا العصر آثار كثيرة تدل على أن نهجهم في استنباط الاحكام هو ما ذكرناه ، وانهم كانوا يأخذون بالرأي حيث لا نص في المسألة ، وان الاجماع كان معتبرا عندهم . فمن ذلك[١] :

أ – كان أبو بكر اذا ورد عليه الخصوم أو عرضت عليه مسألة نظر في كتاب الله ، فان وجد فيه ما يقضي به قضى به ، وان لم يجد في كتاب الله نظر في سنة رسوله (ص) فان وجد فيها ما يقضي به قضى به ، فان أعياه ذلك سأل الناس : هل علمتم أن رسول الله (ص) قضى فيه بقضاء ؟ فربما قام اليه القوم فيقولون قضى فيه بكذا وكذا فيقضي به ، فان لم يجد سنة سنها النبي (ص) جمع رؤساء الناس فاستشارهم ، فاذا اجتمع رأيهم على شيء قضى به . وكان عمر يفعل ذلك .

(١) اعلام الموقعين ج١ ص٤٥ وما بعدها .

ب ـ كان أبو بكر يجتهد برأيه ويقول هذا رأيي فان يكن صوابا فمن الله وان يكن خطأ فمني واستغفر الله ٠

ج ـ وعمر بن الخطاب اجتهد برأيه ، وكان يقول لكاتبه : قل هذا ما رأى عمر بن الخطاب ٠ وكتب عمر بن الخطاب الى شريح : اذا وجدت شيئا في كتاب الله فاقض به ولا تلتفت الى غيره ، وان أتاك شيء ليس في كتاب الله فاقض بما سن رسول الله (ص) ، فان أتاك ما ليس في كتاب الله ولم يسن فيه رسول الله (ص)فاقض بما أجمع عليه الناس ، وان أتاك ما ليس في كتاب الله ولا سنة رسول الله (ص) ولم يتكلم فيه أحد قبلك فان شئت أن تجتهد برأيك فتقدم وان شئت أن تتأخر فتأخر ، وما أرى التأخر الا خيرا لك ٠ وكتب عمر بن الخطاب الى أبي موسى الاشعري : اعرف الاشباه والامثال وقس الامور ٠

د ـ قال عبدالله بن مسعود : من عرض له منكم قضاء فليقض بما في كتاب الله فان لم يكن في كتاب الله فليقض بما قضى فيه نبيه (ص) فان جاء أمر ليس في كتاب الله ولم يقض فيه نبيه (ص) فليقض بما قضى به الصالحون ، فان جاء أمر ليس في كتاب الله ولم يقض به نبيه (ص) ولم يقض به الصالحون فليجتهد برأيه ، فان لم يحسن فليقم ولا يستحي ٠

أما ما روي عن فقهاء الصحابة من ذم الرأي فهو محمول على ذم الرأي الفاسد أو الرأي فيما ورد فيه النص ، أو الرأي بالنسبة لغير القادر عليه[1]٠

١٢٩ـ البرهان على صحة طريقتهم في التعرف على الاحكام :

قلنا أن فقهاء الصحابة ، ومنهم الخلفاء الراشدون ، كانوا يتلمسون الحكم في كتاب الله ثم في سنة رسوله (ص) فان لم يجدوا فيهما حكم المسألة تحولو الى الاجتهاد بالرأي ٠ ولا شك ان هذا النهج هو المنهج السليم ، ويدل على ذلك امور :

---

(١) أنظر اعلام الموقعين ج١ ص٥٥ وما بعدها ، حيث يقسم ابن القيم الرأي الى ثلاثة أقسام ويوفق بين أخذ فقهاء الصحابة بالرأي وذمهم له ٠

أولا : فيما يخص الرجوع الى الكتاب والسنة ، وردت آيات كثيرة توجب اتباع ما جاء فيها •

ثانيا : وأما الاجتهاد بالرأي ، فيدل عليه أن النبي (ص) نفسه اجتهد فيما لم ينزل عليه فيه وحي ، وانه (ص) اذن لصحابته في أن يجتهدوا كما في حديث معاذ بن جبل وغيره ، كما أن تعليل الاحكام في القرآن وفي السنة، يشعر ان تشريع الاحكام مقصود به تحقيق مصالح العباد ودرء المفاسد عنهم• فاذا طرأت مسألة لا حكم لها في الكتاب والسنة واستنبط حكمها على ضوء المصلحة فان هذا الاستنباط يكون موافقا لاتجاه الشارع في تشريعه الاحكام •

١٣٠ - المقصود بالرأي :

قلنا ان الصحابة اجتهدوا واستعملوا آراءهم فيما لا نص فيه ، فما المقصود بالرأي ؟ الرأي كما يقول الامام ابن القيم : ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب مما تتعارض فيه الامارات ، فلا يقال لمن رأى بقلبه أمرا غائبا عنه مما يحس به انه رأيه ، ولا يقال أيضا للامر المعقول الذي لا تختلف فيه العقول ولا تتعارض فيه الامارات انه رأي وان احتاج الى فكر وتأمل كدقائق الحساب ونحوها[1] •

والواقع ان الرأي لم يتحدد في هذا العصر بمعنى واحد لا يشركه فيه غيره ، بل كان شاملا لما سمي فيما بعد بأسماء خاصة كالقياس والمصالح المرسلة وسد الذرائع • وهذا واضح من المسائل التي رجعوا فيها الى الرأي، فمن تلك المسائل ما كان مردها الى القياس كما في أخذهم بالعول في الميراث وادخال النقص على جميع ذوي الفروض قياسا على ادخال النقص على الغرماء اذا ضاق مال المفلس عن ايفاء ديونهم • وكما في قول ابن عباس في نهي النبي (ص) عن بيع الطعام قبل قبضه : احسب كل شيء بمنزلة الطعام • وهذا القول من ابن عباس يدل على أخذه بالقياس • وتوريثهم مطلقة الفار أي من طلق زوجته بائنا في مرض موته ، أصله سد الذرائع • وقتلهم الجماعة بالواحد مأخذه المصلحة المرسلة •

(١) ابن القيم ، اعلام الموقعين ، ج١ ص٥٥

١٣١ ـ التفاتهم الى تعليل الاحكام ورعاية المصلحة :

ومع هذا التنوع في وجوه الرأي عند الفقهاء فان المتتبع لاجتهادهم يلحظ انه بأنواعه قام على أساس نظرهم الى علل الاحكام ورعايتهم المصلحة ودرء المفسدة • وعلى هذا الاساس لم يطبقوا بعض الاحكام المنصوص عليها لزوال علتها أو لعدم تحقق شروط تطبيق الحكم وان كان قد يرى ظاهريا ان هذه الشروط متحققة ، أو لغرض الردع والزجر عن الوقوع في المفسدة• كما أدى بهم اجتهادهم القائم على ما ذكرناه الى استنباط الاحكام الجديدة تحقيقا للمصلحة ودفعا للمفسدة •

١٣٢ ـ فمن الاحكام التي وردت بها نصوص ولم تطبق ، ما يأتي :

أ ـ سهم المؤلفة قلوبهم :

جاء في القرآن الكريم النص على اعطاء المؤلفة قلوبهم سهما من الزكاة، قال تعالى : « انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله والله عليم حكيم »[١] • والمؤلفة قلوبهم منهم المسلم الضعيف في ايمانه ، ومنهم غير المسلم الذي يخشى شره أو يرتجى اسلامه [٢] ، فكان العطاء لهؤلاء لتقوية ضعيف الايمان أو اتقاء شر غير المسلم أو استمالته للاسلام ، وهذه هي علة الحكم باعطائهم يوم كان المسلمون قلة وفي حالة ضعف وبحاجة الى تكثير عددهم واتقاء شر مخالفيهم • وفي زمن عمر بن الخطاب لم يعط شيئا من الزكاة لمن كانوا يسمون « بالمؤلفة قلوبهم » • وهذا الاجراء من الخليفة عمر بن الخطاب لا يعني الغاء النص أو نسخه ، وانما يعني عدم تطبيقه لعدم توافر شروط التطبيق ، وعدم تطبيق النص شيء والغاء النص شيء آخر ، وما كان لعمر وغير عمر أن يلغي نصوص القرآن • وتوجيه عمل عمر بن الخطاب ان المسلمين في زمانه كثر عددهم وقويت شوكتهم وصارت لهم دولة قوية مرهوبة الجانب ، وهذه الاحوال التي صار اليها المسلمون تؤدي

---

(١) سوة التوبة ، الاية ٦٠

(٢) تفسير المنار ج١٠ ص٤٩٤ ـ ٤٩٥

بطبيعتها الى تقوية اسلام المسلم الضعيف وتثبيته عليه ، وتساعد على ميل غير المسلم الى الاسلام وكف شره وأذاه عن المسلمين • ومعنى هذا أن علة الحكم باعطائهم من الزكاة قد زالت ، وبزوالها لا يبقى مجال لتطبيق النص بخصوص سهم المؤلفة قلوبهم ، كما لو كان هناك فقراء يعطون من الزكاة باعتبارهم من الفقراء أي لعلة الفقر ، فاذا زلت هذه العلة بأن صاروا أغنياء فانهم لا يستحقون سهم الفقراء بزوال علة اعطائهم وهي فقرهم • فالمؤلفة قلوبهم لم يعد لهم وجود في زمن عمر بن الخطاب لزوال المعنى الذي من أجله استحقوا اسم « المؤلفة قلوبهم » وعدم وجودهم يعني عدم وجود مستحق لهذا السهم • فما فعله عمر بن الخطاب يتعلق بشروط تطبيق النص ، ولا يدل أبدا على الغاء النص • فالنص بحكم المؤلفة قلوبهم باق الى يوم القيامة ، لا يلحقه نسخ ويلزم تطبيقه اذا تحققت شروط تطبيقه ، كأن تكون للمسلمين حاجة لمن يرى ولي الامر تألفه على الاسلام[1] ، ولهذا دفع عمر بن عبدالعزيز الخليفة الاموي المعروف شيئا من أموال الزكاة لمن رأى ضرورة تألفه على الاسلام[2] •

ب ـ ايقاف حد السرقة :

ورد النص في الكتاب بقطع يد السارق ، ولكن عمر بن الخطاب أوقف تطبيق هذا النص في عام المجاعة فلم يقطع أيدي السراق • وكذلك أوقف تطبيقه على غلمة لحاطب بن بلتعة سرقوا ناقة لرجل من مزينة • ومأخذ عمر فيما ذهب اليه هو ادراكه علة الحكم وفهم حكمته وشروط تطبيقه ، فالسرقة جريمة شنيعة لانها اعتداء على مال الغير فناسبها عقوبة قطع اليد ردعا وزجرا عنها ، ولكن هذه الجريمة تستلزم تحقق شروط كثيرة منها انتفاء الضرورة لان « الضرورات تبيح المحظورات » كما تنطق القاعدة الفقهية ، والناس في عام المجاعة كانوا في ضيق شديد جدا مما يجعل تلك الظروف من قبيل الضرورات التي توجب على صاحب المال بذله للمحتاج

---

(١) الاموال لابي عبيد ص٦٠٧

(٢) الطبقات الكبرى لابن سعد ج٥ ص٢٥٨

أما بثمن المثل أو بالمجان على خلاف بين العلماء ، فاذا لم يدفعه للمحتاج وسرق هذا مال الغير فان فعله يعتبر من قبيل ما يجري عند الضرورة من فعل المنهيات ولا يعتبر سرقة بالمعنى الذي يستوجب عقوبة قطع اليد . أما قصة غلمة حاطب بن بلتعة ، فقد ذكر عمر بن الخطاب السبب الذي دعاه الى عدم قطع أيديهم فقد قال مخاطباً عبدالرحمن بن حاطب : « والله لولا اني أعلم أنكم تستعملونهم وتجيعونهم حتى أن أحدهم لو أكل ما حرم الله عليه حل له لقطعت أيديهم »[1] . وهذا الصنيع من عمر بن الخطاب لايدل على نسخ الحكم والغائه وانما يدل على فهم عميق لعلة الحكم وشروط تطبيقه واحاطة نادرة بأسرار الشريعة وحكمها ومبنى أحكامها . وبعد فان عدم تطبيق الحكم في واقعة معينة لا يعني الغاء الحكم وانما يعني عدم توافر شروط التطبيق في هذه الواقعة ! .

ج ـ ضوال الابل :

جاء في الحديث الصحيح عن زيد بن خالد أنه سأل النبي (ص) عن ضالة الابل فقال النبي (ص) : « مالك ولها ، دعها فان معها حذاءها وسقاءها ، ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها ... »[2] . فالحديث صريح في النهي عن التقاط ضالة الابل ، وهكذا كان الحكم في عهد النبي (ص) وعهد أبي بكر وعمر . ولكن في زمن عثمان بن عفان أمر بأخذها وبيعها وحفظ أثمانها الى أن يظهر صاحبها . وفي زمن علي بن أبي طالب جعل لضوال الابل بيتا خاصا يحبسها فيه ويطعمها ويسقيها من مال بيت المال الى أن يظهر صاحبها ويثبت انها له[3] . ولا شك أن ما فعله عثمان وعلي مرده ملاحظة المصلحة التي شرع الحكم من أجلها ، وهي حفظ الابل الضائعة لصاحبها . وقد كان هذا الحفظ يكفي لتحصيله ترك الابل دون التقاطها فيأتي صاحبها ويأخذ ابله . الا أن هذه المصلحة لم يعد بالامكان تحقيقها بطريق ترك

---

(١) اعلام الموقعين ج٣ ص٧ ـ ٨

(٢) نيل الاوطار للشوكاني ج٥ ص٣٣٨ ـ ٣٣٩

(٣) شرح الباجي لموطأ مالك ج٦ ص١٤٢ و ج٧ ص٦٨ والزرقاني شرح موطأ مالك ج٣ ص١٢٩ .

الأبل على حالها خوفا من أن تمتد يد غير أمينة اليها فتأخذها نظرا لتغير النفوس فيضيع المال على صاحبه ، فكان هذا التغير داعيا الى التقاط الابل وبيعها كما رأى عثمان ، أو حفظها في محل معين كما رأى علي • وفي هذا وذاك حفظ المال على صاحبه وهو الغرض الذي من أجله شرع الحكم ، فلم يكن ما فعله عثمان وعلي مخالفا للحديث الا مخالفة ظاهرية وهو في الحقيقة موافق للحديث ويحقق الغرض منه •

د ـ الطلاق الثلاث :

كان الطلاق الثلاث بلفظ واحد يعتبر طلقة واحدة على عهد رسول الله (ص) وعهد أبي بكر وسنتين من خلافة عمر بن الخطاب • فقال عمر ان الناس قد استعجلوا في أمر كان لهم فيه أناة ، فلو أمضيناه عليهم ، فامضاه عليهم • فعمر بن الخطاب أوقف تطبيق ما وردت به السنة وهو جعل الطلاق الثلاث بلفظ واحد طلقة واحدة ، لانه رأى تتابع الناس في هذه المخالفة وايقاعهم الطلاق ثلاثا بلفظ واحد وهذا خلاف المشروع ، فأراد زجرهم عن هذه المخالفة سدا لذريعة الفساد فأوقعه عليهم • ولا يقال لم لم يعاقبهم النبي (ص) وأبو بكر بايقاع الثلاث عليهم ، لا يقال هذا لان القوم في عصر النبي (ص) وأبي بكر ما كانوا يكثرون ايقاع الطلاق على هذا النحو فكان ما يقع منهم من طلاق ثلاث بلفظ واحد نادرا أو على وجه الخطأ ، أما في زمن عمر فقد كثر منهم هذا الصنيع المخالف لما هو مشروع في باب الطلاق ، فأراد عمر زجرهم عن ذلك بالزامهم بالطلاق الثلاث دفعا لمفسدة مخالفة الطلاق المسنون[1] •

١٣٣ ـ الاحكام المستنبطة على أساس جلب المصلحة ودفع المفسدة :

ومن الاحكام الجديدة التي استنبطوها بناء على تحقيق مصلحة أو دره مفسدة ما يأتي :

أ ـ توريث من طلقها زوجها بائنا وهو في مرض الموت ، سدا لذريعة الاضرار بالزوجة • وقد رأى عثمان توريثها سواء مات زوجها في العدة أو

(١) اغاثة اللهفان لابن القيم ج١ ص٢٨٦ ، ٢٣٣

بعدها ، ورأى عمر توريثها اذا مات زوجها في العدة ، لا بعدها .

ب - ومن باب سد الذريعة للفساد أيضا ما ذهب اليه عمر من حرمة المرأة مؤبدا على من تزوجها وهي في عدتها[1] .

ج - ومنه أيضا جمع القرآن ، وقتل الجماعة بالواحد ، فجمع القرآن اتفق عليه الصحابة . وقتل الجماعة بالواحد ذهب اليه عمر وعلي ولم يعرف لهما مخالف . وكلا الحكمين لوحظ فيه تحقيق المصلحة ودرء المفسدة . ومن هذا القبيل أيضا حكم عمر بن الخطاب بامرار الماء من أرض محمد بن مسلمة لسقي أرض جاره الضحاك .

١٣٤ - تقديرهم لآرائهم :

ومع أخذهم بالرأي ورجوعهم اليه ، فما كان أحد منهم يقطع بأن ما وصل اليه هو حكم الله ، وانما كان يقول هذا رأيي فان يكن صوابا فمن الله ، وان يكن خطأ فمني ، والله ورسوله بريئان منه . وهذا ما نقل عن غير واحد من فقهاء الصحابة كأبي بكر وعمر وعبدالله بن مسعود . حتى ان كاتب عمر بن الخطاب أراد أن يكتب : هذا ما رأى الله ورأى عمر ، فقال له عمر بن الخطاب : بئسما قلت ، قل هذا ما رأى عمر فان يكن صوابا فمن الله ، وان يكن خطأ فمن عمر[2] .

كما أنهم ما كانوا يلزمون غيرهم بالاخذ بآرائهم فلكل رأيه واجتهاده. يدل على ذلك ما روى أن عمر بن الخطاب لقي رجلا فقال ما صنعت ؟ قال : قضى علي وزيد بكذا ، قال لو كنت أنا لقضيت بكذا ، قال فما منعك والامر اليك ؟ قال لو كنت أردك الى كتاب الله أو الى سنة نبيه (ص) لفعلت ولكني أردك الى رأي والرأي مشترك ، فلم ينقض ما قال علي وزيد[3] .

١٣٥ - الاكثار من الرأي والاقلال منه :

كان فقهاء الصحابة جميعا لا يلجأون الى الرأي الا اذا لم يجدوا

---

(١) تاريخ التشريع للخضري ص١١٨
(٢) اعلام الموقعين ج١ ص٤٥ ، ١٧٧
(٣) اعلام الموقعين ج١ ص٥٤

الحكم في الكتاب أو في السنة • الا أنهم ما كانوا سواء في رجوعهم الى الرأي في هذه الحالة فمنهم المكثر من الرأي ومنهم المقل • وكان على رأس المكثرين عمر وعلي وعبدالله بن مسعود • وعلى رأس المقلين عبدالله بن عمرو وعبدالله بن عمرو بن العاص والزبير • وهكذا ظهرت في هذا الدور نزعتان في الفقه : نزعة الاكثار من الرأي ونزعة الاقلال منه • ولا شك أن مرد هاتين النزعتين ليس اعتقاد المقلين حرمة الاخذ بالرأي وانما مرده أمر آخر ، هو - على ما نرجح - طبيعة الفقيه نفسه وما فطر عليه ونمط تفكيره • وبيان ذلك ، ان الفقهاء يختلفون في نظرتهم للنصوص واستنباطهم الاحكام ، فمنهم من فطر على حب الوقوف عند ظاهر النصوص والمعنى المتبادر منها وعدم الابتعاد عن هذا المعنى الظاهر المتبادر الا قليلا • ومن شأن هذه النزعة حمل أصحابها على عدم الميل الى الرأي ، والاكتفاء بالنصوص والتهيب من الفتوى بالرأي •

ومن الفقهاء من لا يكتفي بظاهر النصوص ، بل ينزع بفطرته الى التغلغل في معاني النصوص والوقوف على مراميها البعيدة وادراك أسرار التشريع وحكمه • ومن شأن هذه النزعة حمل صاحبها على الميل الى الرأي حيث لا نص في المسألة وعدم التهيب من الافتاء بالرأي •

وقد وجدت هاتان النزعتان منذ زمن النبي (ص) لانهما تقومان على فطرة الفقيه وما جبل عليه ونمط تفكيره وطبيعة نظرته للامور وتفهمه للنصوص • ويكفي هنا أن نضرب مثلا واحدا يدل على رجحان ما ذهبنا اليه • فقد روي أن النبي (ص) أمر أصحابه بالتوجه الى بني قريظة وأمرهم أن يصلوا العصر في بني قريظة ، ولما حان وقت العصر صلى بعض المسلمين في الطريق وقالوا ما أراد الرسول (ص) بقوله الا السرعة في السير وما أراد منا تأخير الصلاة عن وقتها • وفريق آخر لم يصل العصر في الطريق ، بل أخرها الى حين وصوله الى بني قريظة • وقد أخبر الفريقان النبي (ص) بما فعلا فلم ينكر على أحدهما •

١٣٦ ـ الاختلاف في الرأي :

قلنا ان فقهاء الصحابة اجتهدوا ، والاجتهاد يتبعه اختلاف أو اتفاق • فالاختلاف بالرأي نتيجة حتمية للاجتهاد ، وهو دليل حيوية الفقه كما أنه دليل اعمال الفقها عقولهم وشدة حرصهم على معرفة الصواب • وانما كان الخلاف أمرا طبيعيا للاجتهاد بالرأي لان العقول ليست واحدة ، ومدارك الفقهاء ليست واحدة ، وعمق الملكة الفقهية ليست واحدة في الجميع • وعلى هذا فنحن لا نضيق باختلافات الفقهاء ولا نستغرب منها ، بل نعدها ثروة قانونية عظيمة خلفها السلف للخلف • على أن هذا القول لا يعني اننا نحرص على الاختلافات ونؤثر وقوعها ، لا ، لا نقصد هذا ولا نريده وانما نريد أن نبين أن الخلاف أمر طبيعي في كل اجتهاد وانه بجوهره وجه من وجوه فهم الشريعة وتنزيل أحكامها العامة على الوقائع • فاذا عرفنا هذه الحقيقة نجونا من داء التعصب الذميم لاقوال بعض المجتهدين دون بعض بلا دليل أو برهان ، فالشريعة أوسع من أن يحيطها مذهب مجتهد معين سواء أكان هذا المجتهد الفقيه صحابيا أم غير صحابي • ولهذا فقد اختلف فقهاء الصحابة في بعض ما اجتهدوا فيه •

١٣٧ ـ أسباب اختلاف الفقهاء في هذا العصر :

يرجع اختلاف الفقهاء في هذا العصر الى جملة أسباب نذكر منها ما يلي :

أولا : اختلافهم بسبب علم البعض بالسنة وعدم علم البعض الآخر بها • وتفصيل ذلك ، ان السنة ما كانت مدونة ، كما أن أحدا ما كان يستوعبها حفظا ، وانما كانت موزعة فيما بينهم ، فقد يعلم بعضهم منها ما لا يعلمه الآخرون • وقد ترتب على ذلك ان من علم سنة نبوية معينة أفتى بمقتضاها ، ومن لم يعلمها أفتى بما يؤديه اليه اجتهاده ، وربما وافق اجتهاده حكم السنة وربما خالفه • فمن ذلك أن عمر بن الخطاب ما كان يرى أن أصابع اليد في الدية سواء حتى بلغته سنة النبي (ص) القاضية في مساواة أصابع اليد في الدية فعدل عن رأيه • وكان ابن عباس يرى أن

الحامل المتوفى عنها زوجها تعتد أبعد الاجلين ، اذ لم تبلغه سنة النبي (ص) في سبيعة الاسلمية حيث أخبرها النبي (ص) ان عدتها تنقضي بوضع حملها . وكان زيد بن ثابت وعبدالله بن عمر وغيرهما يرون ان المرأة المتوفى عنها زوجها قبل الدخول وقبل أن يفرض لها مهرا ، ان لا شيء لها من المهر ، لانهم لم تبلغهم سنة النبي (ص) في بروع بنت واشق الذي جعل لها مهر المثل[1] .

ثانيا : اختلافهم بسبب عدم وثوقهم بالسنة . فقد يجهل أحدهم السنة فاذا رويت له ربما لا يطمئن بروايتها ولا يثق بروايتها لاي سبب كان ، فلا يأخذ بها . فمن ذلك أن عمر بن الخطاب لم يثق بحديث فاطمة بنت قيس حيث قالت ان النبي (ص) لم يفرض لها نفقة ولا سكنى لما طلقها زوجها بائنا[2] .

ثالثا : اختلافهم بسبب اختلافهم في فهم النصوص : فمن ذلك اختلافهم في العدة هل هي ثلاثة أطهار أو ثلاث حيض ، ومرد اختلافهم الى المقصود بكلمة قروء الواردة في قوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء »[3] فالقروء جمع قرء وتستعمل بمعنى الطهر وبمعنى الحيض ، فمنهم من حمله على معنى الطهر ومنهم من حمله على معنى الحيض .

رابعا : اختلافهم بسبب الاجتهاد فيما لا نص فيه . ذلك أن المسائل التي حدثت في هذا العصر ولم ترد فيها نصوص ، اجتهد الفقهاء في استنباط أحكامها ، وكانت طرقهم في استنباط الاحكام لهذه المسائل متعددة ، فتارة يستعملون القياس وطورا يأخذون بالمصلحة أو بسد الذرائع أو غيرها . والانظار تختلف في هذه الاساليب ، والآراء تتباين فيها ، مما يؤدي الى وقوع الخلاف في هذه المسائل ، فمن ذلك ان أبا بكر كان يساوي بين الناس في العطاء ، وكان عمر يخالف بينهم على أساس سابقتهم في الاسلام ، وكان

---

(١) محاضرات في أسباب اختلاف الفقهاء تاليف استاذنا علي الخفيف ص٢٥ وما بعدها .

(٢) تاريخ التشريع الاسلامي للخضري ص١٢٠ ـ ١٢١

(٣) سورة البقرة ، الاية ٢٢٨

أساس الاختلاف فيما يتحقق فيه العدل في العطاء ، فكان أبو بكر يرى العدل في المساواة ولا دخل للاسبقية في الاسلام في تقسيم المال ، وعمر كان يرى ان من تمام العدل عدم مساواة من أسلم أولا وهاجر ونصر الاسلام بمن أسلم أخيرا ولم يجاهد ولم ينصر الاسلام نصرة الاولين .

ومن ذلك رأي عمر فيمن نكح امرأة في عدتها ودخل بها انها تحرم عليه حرمة مؤبدة بعد التفريق بينهما عقوبة له وردعا للآخرين . ورأى الامام علي بن أبي طالب أن لا داعي لتحريمها عليه ، بل يكفي التفريق بينهما وتعزيره على ما فعل . فالاختلاف هنا مرده النظر والرأي وتقدير الحاجة الى الزجر بتحريم المرأة على من تزوجها وهي في العدة[1] .

١٣٨ ـ الاختلاف قليل لا كثير :

ومع أن الفقهاء في هذا العصر اختلفوا ، الا أن اختلافهم كان قليلا لا كثيرا لان الاجتهاد كان يأخذ شكل الشورى لا سيما في زمن أبي بكر وعمر وهذا المسلك يقرب وجهات النظر ويقضي على الاختلاف في معظم الاحيان . كما أن الفقه كان في هذا العصر فقها واقعيا بمعنى أن الفقهاء ما كانوا يفرضون المسائل مقدما ويبحثون عن حكمها وانما يفتون اذا وقعت الحادثة وظهرت الحاجة الى معرفة حكمها مما جعل الافتاء قليلا بالنسبة الى ما حدث فيما بعد ، ومع قلة الافتاء يقل الاختلاف . وأيضا فان المسائل بمجموعها أقل مما حصل في العصور اللاحقة بها . وأخيرا فان فقهاء الصحابة ما كانوا يتهجمون على الفتوى ، بل كانوا يحبون لو كفاهم غيرهم، ومع قلة المفتين يقل الاختلاف .

١٣٩ ـ أكثر فقهاء الصحابة افتاء :

والذين حفظت عنهم الفتوى من أصحاب رسول الله (ص) أكثر من مائة وثلاثين نفسا ما بين رجل وامرأة . وكان المكثرون منهم في الفتوى سبعة : عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وعبدالله بن مسعود وعائشة

---

(١) تاريخ التشريع الاسلامي للخضري ص١١٧ ـ ١١٨

أم المؤمنين وزيد بن ثابت وعبدالله بن عباس وعبدالله بن عمر • والمتوسطون منهم : أبو بكر الصديق وعثمان بن عفان وأبو موسى الاشعري وسعد بن أبي وقاص وسلمان الفارسي وغيرهم[1] •

١٤٠ ـ التدوين في هذا العصر :

في هذا العصر تم تدوين القرآن الكريم في مجموعة واحدة أي في مصحف واحد بعد أن كان موزعا غير مجموع • وبيان ذلك ، أن عمر بن الخطاب جاء الى أبي بكر وقال له ان القتل استحر بقراء القرآن في القتال وأخشى أن يكثر القتل فيهم في مواطن الجهاد الاخرى فيذهب كثير من القرآن ، واني أرى أن تأمر بجمع القرآن • فقال أبو بكر كيف نفعل شيئا لم يفعله رسول الله (ص) ؟ فقال عمر : هذا والله خير ، فلم يزل يراجعه عمر حتى شرح الله صدر أبي بكر لذلك ، فأمر أبو بكر زيد بن ثابت بتتبع القرآن وجمعه ، فتم له ذلك ، وكان زيد من كتاب الوحي[2] • وهكذا دون القرآن في مجموعة واحدة •

أما السنة فلم تدون في هذا العصر وظلت محفوظة في صدور الصحابة بلا تدوين • وقد روي أن عمر بن الخطاب هم بكتابتها الا أنه ترك ذلك •

---

(١) اعلام الموقعين ج١ ص٩

(٢) التعريف بالقرآن والحديث تأليف استاذنا محمد الزفزاف ص ٧٩ •

الفصل الثالث

الدور الثالث

١٤١ – تمهيـــد :

يبدأ هذا الدور من نهاية عصر الخلفاء الراشدين أي من سنة ٤١ هـ الى أوائل القرن الثاني للهجرة أي الى قبيل سقوط الدولة الاموية .

وقد سار الفقه في هذا الدور على نهج الصحابة في الفقه ، لان التابعين تلقوا الفقه عنهم ، وساروا على مناهجهم في استنباط الاحكام . فكان فقهـاء هذا العصر يرجعون الى الكتاب ثم الى السنة ثم الى الاجتهاد بالرأي بأنواعه ناظرين الى علل الاحكام ومراعاة المصلحة ودفع المفسدة .

الا أن التحديث بالسنة شاع في هذا العصر وازداد لاسباب سنذكرها . والاجتهاد بالشورى – وما يتبعه من اجماع على رأي واحد أو على الاقل تقليل الاختلاف لم يعد ممكنا في هذا الدور لتفرق الفقهاء في الامصار وظهور بعض الفرق كالخوارج وغيرهم . واتساع رقعة البلاد الاسلامية وكثـرة النوازل أدى الى كثرة المسائل والاختلاف فيها . وأخيرا فان الفقهاء في هذا العصر ما كانوا سواء في نزعتهم الفقهية ، فكان منهم – كما كان في عصـر الخلفاء الراشدين – المتهيب من الرأي والجريء فيه ، الا أن ظهور هاتين النزعتين في هذا الدور كان على نحو أشد وأقوى وأوضح من الدور السابق مما أدى الى ظهور مدرسة أهل الحديث ومدرسة أهل الرأي .

وعلى هذا ، فيمكننا اجمال التطورات في الفقه واتجاهاته في هذا الدور بامور ثلاثة : (أولا) اتساع دائرة الفقه وكثرة الخلاف في مسائله . (ثانيا) شيوع رواية الحديث وأثره في الفقه وغيره (ثالثا) ظهور مدرسة أهـــل

الحديث ومدرسة أهل الرأي • وتتكلم فيما يلي بايجاز عن هذه الامور وما يتعلق بها •

١٤٢ ـ اتساع دائرة الفقه وكثرة الخلاف في مسائله :

دائرة الفقه تتسع بازدياد الحوادث والوقائع ، فكل واقعة لا بد لها من حكم في الشريعة أما بالنص وأما بالاستنباط • وقد ازدادت الحوادث في هذا العصر ، وهذا هو شأن الحياة ، فاحداثها بازدياد مستمر وتطور وتغير • يضاف الى ذلك اتساع رقعة البلاد الاسلامية ، وهذه البلاد تختلف فيما بينها بالعادات والتقاليد والاحوال الاجتماعية والاقتصادية ونمط العيش واسلوب المعاملات ودرجة الحضارة ، وكل هذه الامور تدعو الى تنوع الوقائع وبالتالي كثرة مسائل الفقه واتساع دائرته •

هذا من جهة اتساع دائرة الفقه • أما الاختلاف في مسائله فيرجع الى أسباب كثيرة :

أولا : انتشار الفقهاء ، من الصحابة والتابعين ، في الامصار الاسلامية واستيطانهم فيها • وقد تبع ذلك اقبال الناس عليهم يستفتونهم ويسألونهم عن حكم الشرع فيما يقع عندهم ، ويتلقون عنهم علم الدين والفقه في أحكامه • ولا شك أن أولئك الفقهاء ما كانوا سواء في الفقه وحفظ السنة ومقدار الفهم للكتاب والسنة ، الامر الذي يؤدي الى اختلافهم فيما يجتهدون فيه أو يفتون •

ثانيا : ان الاجتهاد بالشورى ، الذي يؤدي الى الاتفاق على رأي واحد أو تقريب وجهات النظر ، لم يعد ممكنا في هذا الدور ، كما قلنا ، لتفرق الفقهاء والامصار وتعذر المراجعة والمذاكرة والاتصال فيما بينهم على نحو مؤثر كاف • فضلا عن قيام بعض الفرق الاسلامية كالخوارج وغيرهم ، وهذه الفرق تختلف فيما بينها في مناهج الاستنباط ومناحي الاستدلال وعدم اطمئنان كل فرقة بما عند الاخرى من فقه وكل هذه الامور تؤدي الى الاختلاف في الرأي •

ثالثا : ان البلاد التي نزلها الفقهاء ، كانت مختلفة فيما بينها في العادات

والتقاليد ونظم المعاملات وأحوال الاجتماع والاقتصاد ونحو ذلك ، كما قلنا ، وهذا الاختلاف يؤثر في اجتهادات الفقهاء ، لان الفقيه يراعي أحوال بلده وظروفهما دامت غير مخالفة للشرع .

رابعا : ان أهل كل بلد تلقوا العلم عن فقهائهم ووثقوا بهم لمعرفتهم بهم ومخالطتهم لهم وقد دعاهم ذلك الى التعلق بفتاويهم والوثوق بمروياتهم والسير على منهاجهم ، فما كان من السهل عليهم التحول عما ألفوه وعرفوه وساروا عليه ، كما لم يحسوا بالحاجة الملحة الشديدة الى معرفة فقه غير بلدهم وبحث ما عند فقهائهم . وهكذا نجد كل قطر لزم فتاوى وأقضية فقهائه . فأهل المدينة أكثر ما يتبعون فتاوى عبدالله بن عمر الصحابي المعروف ، وفتاوى سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير من التابعين . وأهل مكة يتبعون فتاوى عبدالله بن عباس وتلامذته كمجاهدين جبير وعطاء بن أبي رباح ، وطاووس بن كيسان . وأهل الكوفة اعتمدوا فتاوى عبدالله بن مسعود ومن تلقى الفقه عنه من التابعين كعلقمة النخعي والاسود بن يزيد وابراهيم النخعي . وأهل البصرة اعتمدوا على فتاوى أبي موسى الاشعري ، وانس بن مالك ، ومحمد بن سيرين . وأهل الشام عولوا على فتاوى معاذ بن جبل وعبادة بن الصامت ومن تخرج على أيديهم من التابعين مثل أبي ادريس الخولاني وعمر بن عبدالعزيز ونحوهما . وأهل مصر أخذوا بفتاوى عبدالله بن عمرو بن العاص[1] .

١٤٣ ـ شيوع رواية الحديث ، سببه واثره :

كان التحديث عن رسول الله (ص) في عهد الصحابة قليلا[2] ، أما في هذا الدور فقد شاعت رواية الحديث وكثرت ، وسبب ذلك تفرق الفقهاء

---

(١) انظر اعلام الموقعين ج١ ص١٧ وما بعدها . وتاريخ الفقه الاسلامي ، للشيخ السايس ورفقائه ص٨٠ .

(٢) وسبب قلة التحديث في عصر الصحابة قلة الوقائع ، ومعرفة الصحابة بالسنة ، فما كانت هناك من حاجة للتحديث بالسنة ابتداء قبل وقوع الحادثة . وما نقل عن عمر من النهي عن كثرة التحديث محمول ـ في نظرنا ـ على عدم وثوقه بضبط من يحدث مما قد يؤدي ذلك الى الخطأ .

في البلاد وتجدد الحوادث وضرورة البحث عن أحكامها ، فكان ذلك داعيا الى السؤال عن السنة وقيام الحافظين لها بالتحديث واستنباط الاحكام منها • ولا شك ان أولئك الفقهاء ما كانوا سواء في درجة حفظ السنة ، فقد كان عند بعضهم من السنة ما ليس عند الآخر وكان منهم المكثرون في الرواية والمقلون[1] •

وكان من أثر شيوع رواية الحديث ما يأتي :

أ ـ اتساع الاحكام وكثرة الاستنباط من السنة ، والسنة هي مادة الفقه ومصدره الثاني •

ب ـ كثرة وضع الحديث من قبل المفسدين المنطوية قلوبهم على بغض الاسلام والكيد له • فقد استغل هؤلاء كثرة التحديث عن رسول الله (ص) فلفقوا الاحاديث ونسبوها الى النبي (ص) وأشاعوها بين المسلمين لافساد دينهم ، وقد شارك في وضع الحديث بعض المتعصبين لآرائهم من أصحاب الفرق المختلفة ، وبعض الجهلة الذين أرادوا ـ بزعمهم ـ الخير للناس فوضعوا الاحاديث في باب الفضائل والترغيب والترهيب •

ج ـ وقد ترتب على وضع الحديث عرقلة سير الفقه وتعسير طريقة الفقهاء وابطائهم في عملهم ، فبعد أن كان الفقيه يسمع الحديث مطمئنا واثقا بصحته فينصرف الى النظر فيه والاستنباط منه ، صارت مهمته ـ بعد كثرة الوضع ـ شاقة ، اذ صارت مهمته فحص الحديث سندا ومتنا للتأكد من صحته قبل أن ينظر فيه ويستنبط منه • كما أن شيوع الوضع أدى بفقهاء العراق الى اشتراط شروط ثقيلة لقبول الحديث مما أدى الى تقليلهم الرواية وقبول القليل مما يسمعون وهذا أدى بهم الى اللجوء الى الرأي أكثر من غيرهم •

د ـ ولكن مكيدة الوضاعين لم تمر كما قدروا ولم تنخدع الامة بما

---

(١) السنة لم يحفظها واحد وانما هي محفوظة في الامة • فالصحابة حفظوا السنة بمجموعهم ولم يحفظها واحد بعينه • والسبب في ذلك أن النبي (ص) كان يصدر منه القول أو الفعل فيحفظه ويعيه من كان حاضرا ويغيب عن من كان غائبا •

وضعوا ولفقوا فقد قامت ثلة من أعيان علماء الاسلام للكشف عن أولئك الوضاعين واظهار كذبهم وتعريف الامة بهم واحدا واحدا ، وهكذا بدأ يتكون علم جديد ليس له نظير عند غير المسلمين • وهو ما يسمى بعلم الجرح والتعديل ، أو علم الرجال • وهذا العلم دقيق جليل القدر عظيم الفائدة يهدف الى خدمة السنة والكشف عن أحوال رواتها واحدا واحدا وتمييز الصادق من الكاذب والضابط من الواهم ، والموثوق بروايته من المطعون فيها • وقد بدأ الكلام في الجرح والتعديل في بداية هذا العصر ، فنقلت أقوال في هذا العلم عن عبدالله بن عباس ثم عن غيره من التابعين ثم تابع القول فيه حتى صار علما مستقلا قائما بذاته له قواعده واصوله ورجاله•

١٤٤ ـ ظهور مدرسة أهل الحديث ومدرسة أهل الرأي :

قلنا ان الاجتهاد بالرأي في عصر الخلفاء الراشدين كان يقوم على أساس النظر الى علل الاحكام ومراعاة المصلحة ، وان الفقهاء كانوا فريقين : فريق يتهيب من الرأي ولا يلجأ اليه الا قليلا • وفريق لا يتهيب من الرأي بل يلجأ اليه كلما وجد ضرورة لذلك • وفي هذا العصر اشتد ظهور هاتين النزعتين وأخذت تتحدد ملامح كل منهما وتتبين مناهجها ويكثر أنصارها ، فقد وجد الفقهاء من كلتي النزعتين ، فكان منهم الوقافون عند النصوص لا يتجاوزونها ولا يميلون الى الرأي ، ورأوا في منهجهم هذا العصمة من الفتن التي وقعت ، والسلامة من الوقوع في الخطأ والزلل والتهجم على الشريعة بغير علم • وكان أكثر هؤلاء الفقهاء في المدينة بالحجاز • كما وجد من الفقهاء من لا يقف عند النصوص ، بل يغوص في معانيها ويتعرف عللها ويبني على هذه العلل وتلك المعاني الاحكام الجديدة ، ولذا فما كان هؤلاء يتهيبون من الافتاء بالرأي ولا يرون فيه تهجما على الشريعة بغير علم ، بل فيه سلوك ما أرشدت اليه نصوص الشريعة وما ورد فيها من تعليل الاحكام • كما أن هؤلاء وجدوا في كثرة وضع الحديث ما يدفعهم الى المزيد من استعمال الرأي ، وكان أكثر هذا النوع من الفقهاء في الكوفة بالعراق •

وهكذا ظهرت مدرسة أهل الحديث في المدينة ، ومدرسة أهل الرأي في الكوفـــة •

١٤٥ ـ أساس الخلاف بين المدرستين :

وليس الخلاف بين المدرستين في الاحتجاج بالسنة ، فهذا لا خلاف فيه ، وانما الخلاف في أمرين : (الاول) الاخذ بالرأي (والثاني) في تفريع المسائل بناء على الرأي • وتتكلم فيما يلي عن كل أمر من هذين الامرين على حـــدة •

الامر الاول ـ الاخذ بالرأي :

فأهل الحديث يقفون عند النصوص والآثار والمعاني المتبادرة منها ولا يميلون الى الرأي ولا يأخـذون بـه الا اضطروا وربما توقف بعضهم عن الافتاء بالرأي فيما لا نص فيه ، فقد روي أن رجلا جاء الى سالم بن عبدالله بن عمر وسائله عن مسألة فقـال : لم أسمع فيهـا شيئا ، فقـال الرجل : فاخبرني ـ أصلحك الله ـ برأيك ، قال : لا ، ثم أعاد عليه السائل سؤاله قائلا : اني أرضى برأيك ، فقال سالم : لعلي ان أخبرتك برأي ثم تذهب بعد ذلك فأرى رأيا غيره فلا أجدك[1] • وهكذا كان فقهاء مدرسة الحديث يتهيبون من الفتوى بالرأي ويؤثرون الوقوف عند النصوص والآثـار ولا يريدون الافتاء بدونها •

أما فقهاء مدرسة الرأي فما كانوا يتهيبون من الفتوى بالرأي ما دام لا نص في الكتاب ولا في الســنة فيما يجتهدون فيـه • ولهـذا أكثروا من استعمال الرأي بخلاف الاولين ، وحجتهم في ذلـك أن أحـكام الشـريعة معقولة المعنى وانها اشتملت على مصالح العباد ، وبنيت على أساس تحقيق تلك المصالح فلا بد من البحث عن تلك العلل والمصالح التي شرعت الاحكام من أجلها حتى يمكن للفقيه استنباط الاحكام الجديدة على ضوء هذه المصـالح وتلك العلل • ويستدلون أيضا بفعل كبار فقهاء الصحابة مثل عمر بن الخطاب

(١) تاريخ الفقه الاسلامي ، للشيخ محمد علي السايس ورفقاقـه ص ٧٧ •

وعلي وعبدالله بن مسعود حيث كانوا يأخذون بالرأي وينظرون في علل الاحكام ومقاصدها .

الامر الثاني ــ تفريع المسائل :

كان فقهاء مدرسة الحديث لا يفرعون المسائل ولا يفرضون الوقائع ثم يبحثون عن أحكامها ، ولهذا كان فقههم واقعيا لا يفتون الا فيما يقع وبالنصوص والآثار لا بالرأي ، فان أعوزهم النص ربما توقفوا عن الافتاء وربما أفتوا بالرأي مضطرين كارهين وبنطاق ضيق جدا .

أما فقهاء مدرسة الرأي فما كانوا يقفون عند المسائل الواقعة يستنبطون لها الاحكام ، وانما كانوا يفرضون مسائل لم تقع ويستخرجون لها الاحكام بآرائهم . والحقيقة ان مدرسة الرأي بدأ فقهها واقعيا ثم اتجه الى الفرض والتقدير بعد أن استخلص فقهاؤها علل الاحكام ووضعوا القواعد والضوابط للمسائل ، وقد بلغ هذا الاتجاه مداه في مدرسة أبي حنيفة كما سيأتي بيانه فيما بعد .

١٤٦ ــ أسباب وجود مدرسة الحديث في المدينة ومدرسة الرأي في الكوفة :

ليس وجود مدرسة الحديث في المدينة ، ومدرسة الرأي في الكوفة ذات المدينة وذات الكوفة ، وانما هو ذات الفقيه نفسه وما جبل عليه من طبيعة نزاعة الى الرأي أو غير نزاعة اليه . هذا هو السبب المهم ــ في نظرنا ــ في تكوين نوع النزعة الفقهية عند الفقيه . ويؤيد ذلك وجود فقهاء رأي في المدينة وفقهاء حديث في الكوفة ، فربيعة بن عبدالرحمن شيخ مالك كان من فقهاء المدينة واشتهر بالرأي حتى سمي بربيعة الرأي . وعامر بن شراحيل المعروف بالشعبي كان من فقهاء الأثر والحديث ويكره الرأي ولا يرضى بمسلك أصحابه وكان هو في الكوفة ومن فقهائها البارزين .

ومع هذا فهناك أسباب وعوامل ساعدت على نشوء مدرسة الحديث في المدينة ومدرسة الرأي في الكوفة . ومن هذه الاسباب ما يأتي :

أولا : تأثر فقهاء المدرستين بطريقة شيوخهم : ففقهاء المدينة تخرجوا

على فقهاء الصحابة المقلين من الرأي أو الكارهين له الواقفين عند النصوص كعبدالله بن عمر . ومن كان منهم تلميذا لصحابي كثير الرأي اكتفى براوية آرائه ولم يأخذ مذهبه في الرأي .

أما فقهاء الكوفة فقد تأثروا بطريقة عبدالله بن مسعود ومن تلقى الفقه عنه . وكان ابن مسعود ميالا الى الرأي يأخذ به ولا يهابه حيث لا نص في المسألة .

ثانيا : كثرة الاحاديث والآثار الفقهية في المدينة[1] لانها مهبط الوحي وموطن الصحابة . ومع هذه الكثرة من السنة وفتاوى الصحابة لا يجد الفقيه حاجة الى الرأي ، واذا وجد فبقدر قليل جدا .

أما في الكوفة ، فكانت السنة والآثار أقل مما في المدينة ، ومع قلة السنة تظهر الحاجة الى الرأي . أضف الى ذلك شيوع الوضع في الحديث في الكوفة وفي العراق عامة لكثرة الفرق المختلفة وذوي الاغراض الخبيثة ، مما جعل فقهاء الكوفة لا يقبلون الاحاديث الا بعد التمحيص الشديد وانطباق ما اشترطوه من شروط على الحديث ليقبلوه ، مما أدى الى قلة السنة الصحيحة عندهم ، وهذا أدى الى استعمالهم الرأي بكثرة .

ثالثا : بساطة الحياة في المدينة وعدم تجدد الوقائع الا بقدر قليل ، ومع هذه البساطة في الحياة ومشابهة معظم وقائعها بما وقع في عهد الصحابة ، لا تظهر الحاجة الى الرأي الا بقدر قليل .

أما في الكوفة ، فالحياة معقدة غير بسيطة ، لان العراق بلد ذو حضارة قديمة وتقاليد وعادات مختلفة وتيارات فكرية ، ويقطنه أقوام من أجناس شتى ولكل منهم أعرافه وعاداته ، وهذا كله يجعل الحوادث متنوعة وكثيرة ، مما يحمل الفقيه على الاكثار من الرأي .

١٤٧ – وكان رئيس مدرسة الحديث الامام سعيد بن المسيب المتوفى سنة ٩٤هـ ، وهو أحد الفقهاء السبعة الذين نشروا الفقه في المدينة بعد أن

---

(١) مقدمة ابن خلدون ص٤٤٠

تلقوه عن الصحابة[1] وكان من سادات التابعين فقها ودينا وورعا وفضلا حتى كان يسمى بفقيه الفقهاء .

وكان رئيس مدرسة الرأي في الكوفة ابراهيم بن يزيد النخعي شيخ حماد بن أبي سليمان المتوفى سنة ٩٦هـ ، وهو شيخ أبي حنيفة المشهود له بالبراعة في الفقه والدقة في الاستنباط والغوص في معاني النصوص .

١٤٨ ـ التدوين في هذا الدور :

انقضى هذا الدور ولم يدون فيه شيء من الفقه . كما أن السنة لم تدون أيضا ، وان حصلت محاولات لتدوينها ، فعمر بن عبدالعزيز كتب الى عامله بالمدينة أبي بكر محمد بن عمرو بن حزم : أن أنظر ما كان من حديث رسول الله (ص) أو سنته فاكتبه ، فاني خفت دروس العلم وذهاب العلماء ، الا أن عمر بن عبدالعزيز مات قبل أن يتم ابن حزم ما أمره به عمر .

---

(١) الفقها. السبعة هم سعيد بن المسيب وعروة بن زبير (توفي سنة ٩٤ هـ) والقاسم بن محمد (توفي سنة ٩٤ هـ) وأبو بكر بن عبدالرحمن بن الحارث (توفي سنة ٩٤ هـ) وعبدالله بن عبدالله بن عتبه بن مسعود (توفي سنة ٩٨ هـ) وسليمان بن يسار (توفي سنة ١٠٧ هـ) وخارجة بن زيد بن ثابت .

الفصل الرابع

الدور الرابع

١٤٩ – تمهيد :

يبدأ هذا الدور من أوائل القرن الثاني الهجري ويمتد الى منتصف القرن الرابع . وقد نما الفقه في هذا الدور نموا عظيما وازدهر ازدهارا عجيبا ونضج نضوجا كاملا وآتى ثمارا طيبة للناس ... وزود الدولة الاسلامية بالاحكام القانونية لتنظيم مختلف امورها وشؤنها قرون عديدة فسعد الناس بتلك الاحكام ما شاء الله لهم أن يسعدوا .

وفي هذا الدور ظهر نوابغ الفقهاء ، فالمجتهدون العظام ظهروا في هذا الدور وأسسوا مذاهبهم الفقهية التي لا يزال أكثرها قائما حتى الان . وكل مذهب – في الحقيقة – مدرسة فقهية ترينا نمط التفكير الفقهي الدقيق لاصحابها ومناهجهم في فهم الشريعة واستنباط الاحكام من نصوصها وقواعدها ، ولهذا فنحن نعتز بتعدد تلك المدارس ونرى فيها الخير الكثير . وكما ظهر مجتهدون فقهاء ، ظهر أيضا علماء نوابغ في علم الحديث الشريف وفنونه ومصطلحاته وما يتعلق به .

وفي هذا الدور أيضا دون الفقه وضبطت قواعده وجمعت أشتاته وألفت الكتب في مسائله وصار بناؤه شامخا وعلمه متميزا عن غيره قائما بنفسه . وكما دون الفقه دونت السنة أيضا تدوينا شاملا مع بيان الصحيح منها والضعيف .

ولهذه الظواهر كلها ، سمي هذا الدور بأسماء مختلفة تنبيء عن مميزات هذا الدور وتكشف عن حالة الفقه ، فسمي بعصر الفقه الذهبي ،

أو بعصر ازدهار الفقه ، أو بعصر التدوين ، أو بعصر المجتهدين ونحو ذلك من التسميات • وسنتكلم فيما يلي عن بعض مظاهر هذا الدور •

١٥٠ ـ ازدهار الفقه وأسبابه :

قلنا ان الفقه نما وازدهر وكثرت مسائله على نحو لم يعهد مثله من قبل ، وهذه الظاهرة ترجع الى أسباب كثيرة ، نذكر منها ما يأتي :

أولا : عناية الخلفاء العباسيين بالفقه والفقهاء • وتظهر هذه العناية بتقريبهم الفقهاء والرجوع الى آرائهم • فالرشيد ، الخليفة المشهور ، يطلب من أبي يوسف أبي حنيفة ، وضع قانون اسلامي للامور المالية تسير عليه الدولة ، فيستجيب أبو يوسف لهذا الطلب ويلبي رغبة الخليفة ويضع له كتابه الشهير (الخراج) • والمنصور يحاول أن يجعل (موطأ الامام مالك) قانونا للدولة يسير عليه القضاة والمفتون ، فيأبى مالك ، ويكرر الطلب هارون الرشيد فيأبى مالك ويقول له :

ان فقهاء الصحابة تفرقوا في الامصار وكل عنده علم وفقه وكل على حق ، ولا ضرر ولا ضير في اختلافهم • والمأمون يقرب الفقهاء ويسمع مناقشاتهم الفقهية في مجلسه ويشترك في بعضها مؤيدا أو معارضا أو مستفسرا وان كان قد اشتط كثيرا وارتكب خطأ جسيما في اكراهه الفقهاء على القول بخلق القرآن •

وقد نتج عن عناية الخلفاء بالفقهاء وتوفيرهم الحرية اللازمة لهم للبحث العلمي أن نشط الفقهاء ومضوا في انتاجهم الفقهي وبحثهم العلمي فاجتهد كل فقيه كما أحب وأظهر ما أدى اليه اجتهاده في مسائل الفقه •

ثانيا : اتساع البلاد الاسلامية • فقد كانت تمتد من اسبانيا الى الصين وفي هذه البلاد الواسعة عادات وتقاليد مختلفة متباينة ، تجب مراعاتها ما دامت لا تخالف نصوص الشريعة ، فاختلفت الاجتهادات بناء على اختلاف العادات والتقاليد • يضاف الى ذلك أن المسلمين كانوا جد حريصين على معرفة حكم الشرع في جميع معاملاتهم وتصرفاتهم وهي كثيرة متنوعة ، فكانوا يفزعون الى الفقهاء ويستفتونهم ويسألونهم ، وكان الفقهاء يجيبونهم مستبشرين ،

ويستنبطون الاحكام لمسائلهم ، وفي هذا وذاك نمو للفقه واتساع لدائرته .

ثالثا : ظهور المجتهدين الكبار ذوي الملكات الفقهية الراسخة ، فعملوا على تنمية الفقه وسد حاجات الدولة من التنظيمات والقوانين ، وأنشأوا المدارس الفقهية التي ضمت نوابغ الفقهاء كما سنذكر ذلك فيما بعد .

رابعا : تدوين السنة : فقد دونت السنة وعرف صحيحها وضعيفها ، فكان في ذلك تسهيل لعمل الفقهاء وتوفير الجهد عليهم ، فقد وجدوا السنة بين أيديهم يصلون اليها دون كبير عناء . والسنة هي مادة الفقه ومصدره الثـــاني .

ويحسن بنا هنا أن نبين الادوار التي مرت بها حركة تدوين السنة . فالسنة لم تدون في عصر النبي (ص) وانما كان بعض الصحابة يدون لنفسه بعض ما يسمعه كما ذكرنا ذلك من قبل . وفي زمن أبي بكر بقي الحـال كما كان فلم تدون السنة وانما كانت تنقل بالرواية والمشافهة . وفي زمـن عمر بن الخطاب بقي الحال كذلك ، وقد هم الخليفة عمر بن الخطاب أن يكتب السنة ثم عدل عن رأيه . وفي زمن عمر بن عبدالعزيز الخليفة الاموي العادل جرت محاولة في تدوينها فقد كتب الى قاضيه في المدينة أبي بكـــر محمد بن عمرو بن حزم يأمره بتدوين السنة ، كما قلنا من قبل ، ولكنـه مات قبل أن يتم هذا التدوين .

وفي عهد العباسيين ، ابتدأ تدوين السنة على نحو مختلط بفتـــاوى الصحابة وأقوالهم ، فقد كتب على هذا النحو سفيان الثوري في الـكوفة ، والليث بن سعد في مصر ، والامام مالك بن انس في المدينة ، ولم يصلنا مما كتبوه الا القليل . ولعل أجمع ما وصلنا من كتاباتهم هو موطأ الامام مالك وفيه نجد السنة النبوية والآثار عن الصحابة وفتاويهم وأقضيتهم ، بل فيـه أيضا بعض أقوال التابعين .

وفي نهاية القرن الثاني أخذ تدوين السنة نهجا آخر يتمثل بافـراد حديث رسول الله (ص) وتمييزه عما سواه . وقد سلك العلماء في هذا المنهج الجديد في تدوين السنة طريقة المسانيد أي جمع أحاديث كل صحابي على

حدة وان اختلفت موضوعات مروياته • ثم ظهرت طريقة جديدة في التدوين ، في القرن الثالث الهجري ، وهي تدون الحديث مرتبا على أبواب الفقه ، بعد التحري عن صحة الحديث وتحقق ما اشترطه المحدث من شروط لصحته • ومن أشهر مدونات الحديث ما يعرف عند أهل الحديث بالكتب الستة[1] • وبجانب هؤلاء المحدثين وعملهم المبرور ، وجد فريق آخر من علماء الحديث يعنى بنقد رواة الحديث والبحث عن أحوالهم وهؤلاء هم علماء الجرح والتعديل ، وقد قاموا بتأسيس قواعد هذا العلم العظيم خدمة للسنة وكشفا عن أكاذيب الوضاعين صيانة لشريعة الله من التحريف والتبديل[2] •

١٥١ – ظهور المذاهب الاسلامية :

وفي هذا الدور ظهرت المذاهب الاسلامية وتميزت معالمها ووضحت اتجاهاتها وصار لكل مذهب أتباع كثيرون ينشرون آراءه وينهجون نهجه كمذهب أبي حنيفة وغيره كما سنذكره فيما بعد ان شاء الله •

---

(١) الكتب الستة هي صحيح البخاري وصحيح مسلم وسنن الترمذي وأبي داود والنسائي وابن ماجه ويلحق بها بالاعتبار مسند الامام أحمد •

والبخاري هو أبو عبدالله محمد بن اسماعيل المتوفى سنة ٢٥٦هـ • ومسلم : هو مسلم بن الحجاج النيسابوري المتوفى عام ٢٦١ هـ • وأبو داود هو سليمان بن الاشعث السجستاني المتوفى عام ٢٧٥ هـ • والترمذي هو أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي المتوفى عام ٢٧٩ هـ • وابن ماجة هو أبو عبدالله محمد بن يزيد القزويني المشهور بابن ماجة المتوفى عام ٢٧٣هـ • والنسائي هو أبو عبدالرحمن أحمد بن شعيب النسائي المتوفى عام ٣٠٣ هـ •

هذا وأشهر ، أو من أشهر كتب الحديث التي خرجها علماء الشيعة ، كتاب الكافي لابي جعفر محمد بن يعقوب الكليني المتوفى سنة ٣٢٨ هـ • وكتاب ما لا يحضره الفقيه ، لابي جعفر محمد بن علي بن الحسين بن موسى القمي المتوفى سنة ٣٨١ هـ وهو المعروف بالصدوق ابن بابويه • وهناك كتابان آخران من تاليف أوائل القرن الخامس الهجري وهما : التهذيب والاستبصار وكلاهما للشيخ أبي جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي المتوفى سنة ٤٦٠هـ وفيهما فقه وحديث •

(٢) ومن علماء هذا الفن يحي بن سعيد القطان المتوفى سنة ١٨٩هـ وعبدالرحمن بن مهدي المتوفى سنة ١٩٨هـ ويحي بن معين المتوفى سنة ٢٣٣هـ وأحمد بن حنبل المتوفى سنة ٢٤١هـ •

وقد ألفت الكتب الفقهية في كل مذهب وكانت هذه الكتب الاساس لما بعدها من كتب الفقه كما ان الفقهاء من مختلف المذاهب أحسوا بالحاجة الى ضبط اصول الاستنباط وقواعد استخراج الاحكام فأسسوا قواعد علم اصول الفقه ، فوضع الشافعي رسالته الاصولية المشهورة ثم تبعه الامام أحمد بن حنبل بالكتابة في هذا العلم ، ثم تابع العلماء من بعدهما بالكتابة والتنظيم والزيادة في هذا العلم الجليل ، علم اصول الفقه . ولا شك أن تدوين هذا العلم يساعد الفقهاء في عملهم ويبين مآخذ المذاهب الاسلامية المختلفة وأسباب اختلافها .

الفصل الخامس

الدور الخامس

١٥٢ ـ تمهيـــد :

يبدأ هذا الدور من نهاية الدور الرابع الى سقوط بغداد سنة ٦٥٦هـ ، وهو دور ركود الفقه ، فقد رأينا في الدور الرابع كيف كان الفقه في نمو دائم وازدهار مستمر وحيوية دافقة • وكان من ورائه فقهاء عظام يمدونه بأسباب نمائه وازدهاره وحياته •• ولكن الفقه ، ما بقي على حالته هـــذه فقد اعتراه الضعف والركود والتوقف عن سيره الاول شيئا فشيئا ، والفقهاء جنحوا الى التقليد والتزام مذاهب معينة لا يحيدون عنها ولا يميلون • حتى وصل بهم الحال الى الافتاء بسد باب الاجتهاد[1] ودعوة الناس الى التقيــد بالمذاهب وعدم التحول عنها •• فلا بد من بيان ظاهرة التقليد بين الفقهــاء ومعرفة أسبابها والعوامل التـي دفعت البعض منهم الى القول بســد بـاب الاجتهاد ثم نختم هذا المبحث بالكلام عن عمل هؤلاء الفقهاء في هذا الدور •

١٥٣ ـ جنوح الفقهاء الى التقليد :

الاصل في الفقيه أن يكون مجتهدا مستقلا لا يتقيد بمذهب معين وانما يتقيد بنصوص الكتاب والسنة وما يؤديه اليه اجتهاده المقبول • فهو يستنبط الاحكام ويتعرف عليها من مصدريها العظيمين الكتاب والسنة وما يرشدان اليه من مصادر أخرى • وقد يتفق اجتهاده مع اجتهاد السابقين وقد يخالفهم وقد يوفق للصواب وقد لا يوفق ، وهو في الحالتين مأجور غير مأزور ، ان

---

(١) الاجتهاد لا يمكن سده ومن أفتى به قاله اجتهادا دفعا لمفســدة ادعاء الاجتهاد من غير أهله • هذا وان فقهاء الجعفرية والزيديــة لــم يفتوا بهذا • فظل عندهم باب الاجتهاد مفتوحا •

أصاب فله أجران وان أخطأ فله أجر واحد كما أخبر بهذا النبي (ص) .
ولا شك أن في هذا النهج للمجتهد شحذا للافكار وتنمية للملكات الفقهية واتساعا لدائرة الفقه . وهكذا كان المجتهدون في الادوار السابقة . الا أنه في هذا الدور ضعفت همم الفقهاء واتهموا نفوسهم بالتقصير والعجز عن اللحوق بالمجتهدين السابقين بالرغم من رسوخهم في الفقه وتهيء أسبابه لديهم ووجود مادته بين أيديهم من سنة ونحوها يصلون اليها بيسر وسهولة .

ويمكننا رد أسباب فشو التقليد بين الفقهاء وشيوعه فيما بينهم الا القليل النادر الى جملة أسباب منها :

أولا : ضعف السلطان السياسي للخلفاء العباسيين ، فالدولة لم تعد كما كانت من قبل وانما تقطعت أجزاؤها وقامت في أنحائها دويلات مما أثر في حياة الفقه والفقهاء ، فما عاد الفقهاء يجدون ذلك التشجيع والاعتناء بهم والحث لهم على الانتاج في الفقه ، ففترت هممهم وآثروا الوقوف عند مخلفات الاسلاف .

ثانيا : ان المذاهب الاسلامية دونت تدوينا كاملا مع تشذيب مسائلها وتنظيمها وتبويب مسائلها الواقعية مما جعل النفوس تستروح الى هذه الثروة الفقهية الهائلة والاستغناء بها عن البحث والاستنباط .

ثالثا : ضعف الثقة بالنفس والتهيب من الاجتهاد : فقد اتهم الفقهاء نفوسهم بالضعف والعجز والتقصير وظنوا انهم غير قادرين على تلقي الاحكام من منابعها الاصلية ، وان الخير لهم واللائق بهم التقيد بمذهب معروف والدوران في فلكه والتفقه باصوله وعدم الخروج عليه ، فقد فات ـ في نظرهم ـ زمان الاجتهاد المطلق ، وهكذا حجروا على أنفسهم ما وسعه الله عليهم مع كفايتهم وقدرتهم على الاجتهاد المستقل ، بل أن بعضهم يقارب أو يماثل المجتهدين الاولين . ولكن ضعف الثقة بالنفس واتهام المعلومات والاحساس بالعجز ، والتهيب من مخالفة ما ألفه الناس ، كل ذلك ونحوه جعل الفقهاء يؤثرون العافية ويفضلون الراحة والتقليد . ولاشك أن مسلكهم

هذا يخالف ما درج عليه السلف ، فهذا عمر بن الخطاب يكتب الى أبـي موسى الاشعري أن لا يجمد على رأي يتبين له خطؤه فيقول له : « ولايمنعك قضاء قضيت به اليوم فراجعت فيه رأيك فهديت فيه لرشدك أن تراجع فيه الحق ، فان الحق قديم لا يبطله شيء ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل »[1] . فهذا حث عظيم على الاجتهاد الواسع الطليق الذي يبغي الصواب . والامام مالك يقول : كل واحد يؤخذ من قوله ويترك الا رسول الله (ص) . وأبو حنيفة كان يقول عن التابعين : هم رجال ونحن رجال نجتهد كما اجتهدوا .

ولكن ضعف الثقة بالنفس ، كما قلنا ، دفعت أولئك الفقهاء الى التقيد بمذهب معين وعدم الخروج عن آرائه .

١٥٤ ـ سد باب الاجتهاد :

ولما كثرت ادعاءات الاجتهاد ممن ليسوا أهله وخشي الفقهاء من عبث هؤلاء الادعياء وافسادهم دين الناس بالفتاوى الباطلة التي لا تقوم على علم أو فقه ، أفتوا بسد باب الاجتهاد دفعا لهذا الفساد وحفظا لدين الناس[2] . والحق ان الاجتهاد باق في حكم الشريعة ولا يزول ، الا أن الاجتهاد لابد له من توافر شروطه ، فمن تتوافر فيه هذه الشروط فله أن يجتهد ، ومن لم يحط بها فحرام عليه الافتاء في شرع الله بغير علم . ولهذا ما كنا نود أن يسلك أولئك الفقهاء مسلك منع الاجتهاد والافتاء بسد بابه . نقول ما كنا نود ذلك وانما كان الافضل اشاعة العلم في الامة واعلامها بمقومات الاجتهاد وشروطه ، وارشادهم الى أهله وفضح دعوى الجهال ، فهـذا ونحوه كان أفضل من الافتاء بسد باب الاجتهاد لمنع عبث العابثين .

١٥٥ ـ عمل الفقهاء في هذا العصر :

الا أن الفقهاء في هذا العصر ، بالرغم من ايثارهم التقليد ، فقد قاموا بأعمال نافعة ، من ذلك :

---

(١) اعلام الموقعين ج١ ص٧٢

(٢) مقدمة ابن خلدون ص٣٥٥

أ ـ تعليل الاحكام المنقولة عن أئمتهم ، فليست كل الاحكام المنقولة عن أئمة المذاهب نقل تعليلها معها • ولهذا فقد عكف الفقهاء على الفروع المروية عن امامهم واستخرجوا عللها وفرعوا الفروع واستنبطوا الاحكام على أساسها •

ب ـ استخلاص قواعد الاستنباط من فروع المذهب للتعرف على طرق الاجتهاد التي سلكها امام المذهب وبهذا تمت قواعد علم اصول الفقه بعد أن بدأه الامام الشافعي برسالته المشهورة •

ج ـ الترجيح بين الاقوال المنقولة عن الامام ، فقد يكون الناقل لقوله ناقلا قولا رجع عنه ولم يعلم برجوعه ، وقد يكون بين القولين المختلفين فرق دقيق هو سبب اختلاف القولين ، وقد يكون مأخذ أحد القولين قياسا والآخر استحسانا • فقام الفقهاء بترجيح هذه الاقوال على ضوء ما عرفوه من اصول المذهب وقواعده • كما انه توجد في المذهب أقوال مختلفة لفقهاء المذهب فيما بينهم أو مختلفة مع قول امام المذهب ، وهذا يقتضي بيان الراجح منها ووجه الرجحان •

د ـ تنظيم فقه المذهب ، وذلك بتنظيم أحكامه وايضاح مجملها وتقييد مطلقها وشرح بعضها والتعليق عليها ، ودعمها بالادلة وذكر المسائل الخلافية مع المذاهب الاخرى ، وتحرير أوجه الخلاف ، وذكر الادلة لدعم قول المذهب وبيان رجحانه • ولا شك أن في هذه الاعمال خدمة كبيرة للفقه وتوسيعا وتوضيحا لمبهمه •

الفصل السادس

الدور السادس

١٥٦ ـ تمهيـــد :

عرفنا مما مضى أن الفقه تدرج في مدارج النمو والارتقاء والازدهار حتى بلغ الذروة في الدور الرابع من أدواره ثم جنح الى التوقف والركود في الدور الخامس حيث شاع التقليد بين الفقهاء وقصرت الهمم عن اللحوق بنهج الفقهاء في عصر ازدهار الفقه . ومع هـــذا فان فقهاء الدور الخامس قاموا بعمل مشكور فقد خرجوا الاحكام على اصول وقواعد أئمة المذاهب ورجحوا بين الروايات المنقولة عنهم على النحو الذي فصلناه في الفصـل السابق .

وفي هذا الدور السادس الذي يبدأ من سقوط بغداد في القرن السابع الهجري ويمتد الى وقتنا الحاضر ، لم ينهض الفقـه من كبوته ولـم يغير الفقهاء نهجهم ، فالتقليد قد فشا وشاع بينهم حتى صار أمرا مألوفا لا يدعو الى العجب والانكار .. ومع هذا فقد وجـد أفراد هنا وهنـاك لم يرضوا بالتقليد ، ونادوا بالاجتهاد المطلق وتلمس الاحكام من الكتاب والسنة دون تقيد بمذهب معين ، ومن هـؤلاء ابن تيميـة وتلميذه ابن القيم والشوكاني صاحب نيل الاوطار وغيرهم . الا أن هؤلاء كانوا قلة ولم يسلم بعضهم من النقد والانكار من جمهور الفقهاء المقلدين ، ولهذا فان الطابع العام للفقـه والفقهاء في هذا الدور هو التقليد ، فقد التزم كل فريق من الفقهاء مذهبـا معينا وعكف على مسائله وأحكامه واصوله وصارت الشريعة تعرف من خلال مذهب معين ، والشريعة ـ كما قلنا ونؤكد القول ـ لا يمكن حصرهـا

بمذهب معين فهي أوسع من هذا الحصر وهي حجة على كل مذهب وليس أي مذهب بحجة عليها ، اذ ليس المذهب الا وجه من وجوه تفسير النصوص الشريعة وفهم أحكامها وكيفية استنباط الاحكام من مصادرها •

١٥٧ ـ المتون والشروح والحواشي :

اتجه فقهاء هذا الدور الى التأليف ، وكان الغالب عليه الاختصار حتى وصل الى درجة الاخلال بالمعنى وخفاء المقصود ، وصارت العبارات أشبه شيء بالالغاز • هذه المختصرات ، والتي سميت بالمتون ، احتاجت الى شروح توضح معانيها وتزيل الابهام والغموض عن عباراتها ، فقام مؤلفوها أو غيرهم بشرحها فظهرت الشروح بجانب المتون • ثم ظهرت بجانب الشروح الحواشي وهي تعليقات وملاحظات على الشروح • والواقع أن الشروح والحواشي اهتمت بالمناقشات اللفظية والاعتراضات على الجمل والتراكيب حتى أصبح القارىء يتيه في هذه المناقشات والعبارات المغلقة والاختلافات حول الالفاظ والعبارات • وقد شاعت هذه الانماط من التأليف وصار طلاب الفقه والعلماء يعكفون عليها • وهكذا هجرت كتب الفقه القديمة ذات العبارات السهلة الواضحة التي ألفت في الدور الرابع وأوائل الخامس• ومع هذا فنحن نجد في هذا الدور تآليف تنهج منهجا خاصا يخالف ما عليه الجمهور من الفقهاء ويوافق نهج فقهاء الدور الخامس ومن هذا ما كتبه الشاطبي وابن القيم وغيرهما •

١٥٨ ـ كتب الفتاوى :

الا أن التأليف لم يقتصر على ما ذكرنا ، فقد وجدت كتب « الفتاوى » وهي أجوبة لما كان يسأل الناس عنه الفقهاء في مسائل الحياة العملية ، ثم تجمع هذه الاجوبة من قبل أصحابها أو من قبل فقهاء آخرين وتنظم وترتب حسب أبواب الفقه وتكتب عادة على شكل سؤال وجواب وفي بعض الاحيان لا يكتب السؤال • كما أن هذه الاجوبة « أي الفتاوى » غالبا ما يذكر معها أدلتها من نصوص المذهب الذي يتبعه الفقيه المفتي ، أو تذكر الادلة من

الكتاب والسنة وغيرهما دون تقيد بأدلة المذهب الواحد ، كما نجد هذا النهج واضحا في فتاوى ابن تيمية • وهذه الكتب لها أهمية من جهة انها تمثل الفقه العملي التطبيقي وتجعل الفقهاء مضطرين الى ايجاد الحلول والاحكام للمسائل العملية ولو عن طريق القياس على مسائل المذهب المعين• ومن هذه الكتب : الفتاوى البزازية والهندية وفتاوى ابن تيمية وغيرها[1] • أما اسلوبها فكان يتسم بالوضوح مع الاختصار غير المخل بالمعنى •

١٥٩ ـ التقنين :

ظل الفقه غير مقنن طيلة العصور الماضية وحتى أواخر القرن الماضي ، فكان الحكام والقضاة يرجعون الى كتب الفقه المختلفة لمعرفة الاحكام الفقهية الواجب تطبيقها على ما يعرض عليهم من منازعات • فالدولة وان شجعت مذهبا معينا أو التزمت به وجعلته هو المذهب المتبوع في محاكمها كما فعلت الدولة العثمانية بالنسبة للمذهب الحنفي الا أنها لم تقنن الاحكام الفقهية ولم تجعلها على شكل قانون ذي مواد مختارة من فقه المذهب المتبع بحيث يلزم القاضي بالحكم بموجبه ومنعه من الحكم بغيره •

وفي أواخر القرن الثالث عشر الهجري تنبهت الدولة العثمانية ورأت الحاجة ماسة الى تقنين أحكام المعاملات فألفت لجنة من كبار الفقهاء برئاسة وزير العدل لتخير أحكام المعاملات من الفقه الحنفي • وبدأت هذه اللجنة عملها في سنة **١٢٨٥**هـ ـ **١٨٦٩**م وانتهت منه في سنة **١٢٩٣**هـ ـ **١٨٧٦**م • وقد تخيرت الراجح من آراء المذهب الحنفي ، كما أخذت بعض الاقوال المرجوحة في المذهب لموافقتها للعصر ولسهولتها وتيسيرها على الناس • ثم وضعت تلك اللجنة الاحكام التي اختارتها على شكل مواد بلغت **(١٨٥١)** مادة • ثم صدر أمر الدولة بالعمل بها في **٢٦** شعبان سنة **١٢٩٣**هـ وسميت

---

(١) البزازية لابن البزاز الكردي المتوفى سنة ٨٢٧هـ • والهندية لجماعة من علماء الهند قامت بهذا العمل ، أي جمع الاقوال الصحيحة والفتاوى في المذهب الحنفي بطلب من الملك محمد أورنك زيب الهندي الملقب باسم عالمكير الذي حكم من سنة ١٠٦٩هـ ـ ١١١٩هـ ، وابن تيمية توفي سنة٧٢٨ هـ •

ب « مجلة الاحكام العدلية » وصارت هي القانون المدني للدولة العثمانيـــة وطبقت في العراق وظلت هي المطبقة فيه الى أن شرع القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ •

وبعد هذا التقنين المهم صدرت عدة تقنينات في مصر والعراق وتونس ومراكش وغيرها • ففي مصر صدر قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ يتضمن بعض الاحكام في مسائل النفقة والعدة والمفقود والتفريق بالعيب • وقانون رقـم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ خاص ببعض أحكام الطلاق ودعاوى النسب والمهر والنفقة وغيرها • وقانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ وقانون الوصية رقـم ٧١ لسنة ١٩٤٦ وقانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ وقانون رقم ١٨٠ لســـنة ١٩٥٢ في الوقف أيضا •

وفي العراق صدر قانون الاحوال الشخصية رقـم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديله وفي تونس صدرت تقنينات في لاحوال الشخصية سميت باسم مجلة الاحـوال الشخصية بالامر العـــالي المـؤرخ في ٦ محرم ١٣٧٦ الموافـق ١٩٥٦/٧/١٣م وتضمنت أحـكاما في النـكاح والمهـر والطـلاق والنفقـة والحضانة والنسب والمفقود والميراث والحجر وغيرها •

وفي مراكش صدر من مدونة الاحوال الشخصية المزمع اصدارها ، كتابان الاول في مسائل النكاح والثاني في الطلاق • وقد صدر فيما بعد أمر السلطان في ٢٨ ربيع الثاني سنة ١٣٧٧هـ والقاضي بتطبيقهما في أول ســنة ١٩٥٨ وقد نشر النص الرسمي في ١٧ جمادى الاولى سنة ١٣٧٧هـ ـ ٦ كانون الاول ١٩٥٧م •

وفي الاردن صـدر قانون حقوق العائلة رقـم (٩٢) لسنة ١٩٥١ في مسائل النكاح والمهر والنفقة والطلاق والعدة وغيرها •

وفي سوريا صدر قانون الاحوال الشخصية بالمرسوم التشريعي رقـم (٥٩) لسنة ١٩٥٣ وتضمن أحكاما في النكاح والطلاق والنسب والنفقـــة والاهلية والوصية والميراث وغيرها •

١٦٠ ـ ويلاحظ على هذه التقنينات المختلفة انها لم تتقيد بمذهب معين وانما

أخذت أحكامها من مختلف المذاهب الاسلامية عدا مجلة الاحكام العدليـة اذ تقيدت بالفقه الحنفي • وهذا الاتجاه حسن على شرط أن لا يؤخذ بقول شاذ لا دليل عليه • ومع هذا الاتجاه العام في وضع التقنينات فقد جاءت في بعضها أحكام لم ترد في أي مذهب من المذاهب الاسلامية من ذلك منـــع تعدد الزوجات كما جاء في القانو التونسي ، ومسائل الميراث التي وردت في القانون العراقي قبل تعديله الاخير ومسائل أخر مبثوثة هنا وهناك في ثنايـا هـــذه القوانين المختلفة ليس هنا محل ذكرها وبيان ما فيها من مصادمـــة لنصوص الشريعة أو لما هو مستقر في الفقه الاسلامي بجملته •

١٦١ ـ النهضة الفقهية الحديثة :

وفي الوقت الحاضر ، كما قلنا في المقدمة ، تباشير نهضة فقهية من مظاهرها هذا الاهتمام الملحوظ بالفقه الاسلامي في أوساط التعليم الجامعي ، ودراسة الفقه الاسلامي دراسة مقارنة واظهار مزاياه وخصائصه وكثرة التأليف في مباحثه وظهور المبرزين فيه الجامعين بين الثقافة القانونية والثقافة الشرعية • ونحن نأمل أن يزداد الاهتمام بالشريعة الاسلامية وفقهها حتى تعود الـــى مكانتها الاولى ، وتسترد سيادتها القانونية ، وتمد هي والفقه الاسلامي الدولة بالتشريعات اللازمة في جميع شؤونها كما كان الامر في السابق •

الفصل السابع

التعريف ببعض المجتهدين ومذاهبهم الفقهية

١٦٢ – تمهيد :

كنا قد نوهنا بظهور مجتهدين عظام في الدور الرابع من أدوار الفقه ، وان أولئك المجتهدين كان لهم أثر بالغ في ازدهاره ونمائه وتقدمه ، وانهم أسسوا مدارس فقهية انضوى تحت لوائها فقهاء كبار وصار لها أتباع كثيرون .. وقد سميت تلك المدارس الفقهية بالمذاهب الاسلامية أو الفقهية واقترنت بأسماء مؤسسيها ... وهي على كثرتها ليست تجزئة للاسلام ولا احداث شرع جديد .. وانما هي مناهج في فهم الشريعة وأساليب في تفسير نصوصها وطرق في استنباط الاحكام من مصادرها . وهذه المذاهب المتعددة منها ما بقي قائما متبوعا حتى اليوم ومنها ما اندرس وعفى عليه الزمن ولم يبق له أتباع ولا تعرف له أقوال الا ما يذكر منها في كتب الخلاف والمذاهب القائمة .

وسنذكر في هذا الفصل ، في مباحث متتالية ، كلمة موجزة عن بعض هذه المذاهب ، القائمة منها والمندرسة ، للتعريف بها وبأصحابها .

أبو حنيفة

١٦٣ – هو النعمان بن ثابت الكوفي مولدا والفارسي أصلا ولد سنة ٨٠هـ وتوفي سنة ١٥٠هـ في بغداد ودفن فيها .

كان في أول عهده يحترف تجارة الخز وقد عرف فيها بصدق المعاملة والنفرة من الغش والمماكسة ، ثم تحول الى طلب العلم فنال حظا من علم

الكلام والحديث والفقه .. الا أن ميله كان الى الفقه فانصرف اليه . وأكثر من الاختلاف الى حلقات الفقه وملازمة أهله .. وكان أبرز شيوخه وأكثرهم أثرا في نهجه الفقهي شيخه حماد بن أبي سليمان فقيه أهل الرأي في العراق الذي تلقى فقهه عن فقيه رأي كبير هو ابراهيم بن يزيد بن قيس النخعي ، وهذا أخذ فقهه عن فقيه رأي أيضا وهو علقمة بن قيس النخعي ، وعلقمة أخذ الفقه عن عبدالله بن مسعود الصحابي الجليل المعروف بالفقه والرأي .

فلا عجب ، اذن ، اذا نحا أبو حنيفة منحى أهل الرأي ومال اليه ، وهؤلاء هم شيوخه الذين أخذ منهم مباشرة أو بالواسطة . وفضلا عن ذلك فقد كان أبو حنيفة بفطرته ميالا الى التغلغل في بواطن الامور وعدم الاقتناع بالمعاني الظاهرة . ومثل هذه الفطرة مستعدة للميل الى الرأي والتوغل فيه .

الا أن أبا حنيفة لم يقتصر في تلقيه الفقه عن حماد فقد روى عن غيره ، فمن هؤلاء الذي روى عنهم ودارسهم زيد بن علي زين العابدين وجعفر الصادق وعبدالله بن حسن بن حسن وهو أبو محمد النفس الزكية . كما أنه كان يلتقي بالعلماء والفقهاء في مكة ويأخذ عنهم ويذاكرهم في امور الفقه في أثناء مكوثه في مكة في مواسم الحج وعند اقامته فيها نحوا من ست سنوات يوم هاجر اليها في سنة ١٣٠هـ .

١٦٤ ـ أبو حنيفة زعيم أهل الرأي :

قلنا ان مدرسة الكوفة اشتهرت بالرأي وقد بلغت ذروة شهرتها بالرأي والقياس في زمن أبي حنيفة حتى عد حامل لواء الرأي والقياس في زمانه بلا منازع . وقد أدى به الاكثار من القياس الى الاكثار من الفقه التقديري ، فما كان يقف عند المسائل الواقعة يستنبط لها الاحكام وانما كان يستخرج العلل من النصوص ويفترض المسائل ويطبق عليها أقيسته ويعطيها أحكاما واحدة ما دامت مشتركة في العلة . وكما أكثر من القياس حتى قرن باسمه أكثر أيضا من الفقه التقديري حتى قرن باسمه فهو امام القياسيين وزعيم أهل الفقه التقديري في زمانه .

١٦٥ ـ أبو حنيفة والحديث :

ولاكثار أبي حنيفة من الرأي والقياس اتهمه البعض بعدم الاهتمام بالحديث أو بقلة بضاعته منه أو بتقديم الرأي والقياس عليه .. وهذه الاتهامات لا تصمد أمام المناقشة ويعوزها الدليل ، فان اهتمامه بالحديث أمر ثابت وظاهر من نص أقواله التي ذكرها كما سيأتي . كما يشهد على ذلك أخذه بالحديث المرسل وفتاوى الصحابة وتركه القياس اذا ثبت عنده حديث صحيح في المسألة وهذا كله يدل على اهتمامه بالحديث والآثار لا على قلة مبالاته بالحديث كما يدعون . وأما قلة بضاعته من الحديث فليس الامر كما قالوا فقد رويت عنه أحاديث وآثار كثيرة منها ما رواه أبو يوسف في كتابه الآثار وكذا محمد بن الحسن في كتابه الآثار أيضا ، وقد جمع العلماء من بعده مروياته فبلغت شيئا كثيرا[١] نعم ان أبا حنيفة كان أقل رواية من غيره من الأئمة المكثرين لرواية الحديث لانه كان يشترط شروطا ثقيلة للتثبت من صحة الحديث نظرا لفشو الكذب في العراق وكثرة الوضاعين . أما تركه الحديث وتقديم القياس عليه فهذا مرده الى أن الحديث لم يبلغه فذهب الى الرأي ، أو أن الحديث بلغه ولم يثبت عنده فتركه وأخذ بالقياس . ولا شك أن مخالفة الحديث لعدم صحته في نظر المجتهد لا يعد مخالفة للحديث أو تقديما للقياس عليه .

١٦٦ ـ طريقته في التدريس :

كان أبو حنيفة يعرض على تلاميذه المسائل الفقهية وما يعرض عليه من قضايا ، فيدلي كل واحد برأيه حولها ، ويجري النقاش فيما بينهم حول ما أبدوه من الآراء ، فاذا ما انتهوا الى رأي واحد أملاه عليهم أو دونه أحد التلاميذ ، وربما بقي الخلاف بين التلاميذ واستاذهم ويدون الرأي مع ذكر

---

(١) من ذلك ما فعله أبو المؤيد محمد بن محمود الخوارزمي المتوفى سنة ٦٦٥هـ فقد جمع الاحاديث التي رواها أبو حنيفة ونقلها عنه العلماء من تلامذته وغيرهم ، وقد طبع هذا الكتاب في مصر سنة ١٣٢٦هـ فوقع في ٨٠٠ صفحة كبيرة .

ما فيه من خلاف . فمذهب أبي حنيفة بدأ منذ نشأته على شكل مذهب جماعي يقوم على الشورى وتبادل الآراء ومناقشتها ، وهذا بخلاف طريقة الامام مالك اذ كان يملي المسائل وأحكامها على تلامذته ولا ينهج معهم نهج أبي حنيفة فلا يناقشونه ولا يجادلونه فيما يقول . وهكذا تكونت شخصيات تلامذة أبي حنيفة في حياته وفي ظل توجيهاته ورباهم على النظر والبحث ونمى فيهم ملكة الاجتهاد وهم في دور التلقي والتحصيل .

١٦٧ ـ اصول استنباط أبي حنيفة :

أبو حنيفة لم يدون اصول استنباطه تفصيلا ولا قواعده في البحث والاجتهاد ، وانما قام فقهاء المذهب الحنفي الذين جاؤا من بعده وبعد تلامذته باستخلاص قواعده في الاستنباط من فروعه المنقولة عنه . وهذا لا يدل على أن أبا حنيفة ما كانت لديه مناهج للبحث والاجتهاد ، فان عدم تدوين الشيء لا يدل على عدم وجوده ، كما أن الفقه ، يستلزم حتما وجود مناهج وقواعد للاستنباط فلا فقه بلا مناهج وقواعد . وأبو حنيفة فقيه قطعا ، بل فقيه بمعنى الكلمة « والناس في الفقه عيال على أبي حنيفة » كما قال الشافعي[١] ، فلا بد ، اذن ، من قواعد يلتزم بها في اجتهاده وفقهه ، واصول يسير بمقتضاها ولا يحيد عنها ، وهذا ما استخرجه فقهاء المذهب الحنفي من أقواله وآرائه المنقولة عنه . ومع هذا فقد نقلت عن أبي حنيفة أقوال تدل على الخطوط العريضة في منهجه في الاستنباط ، والادلة التي يستدل بها . فمن ذلك أنه قال : أخذ بكتاب الله اذا وجدت فيه الحكم ، والا فبسنة رسول الله (ص) ، فان لم أجد في كتاب الله ولا سنة رسول الله (ص) أخذت بقول أصحابه آخذ بقول من شئت منهم وأدع من شئت ولا أخرج من قولهم الى قول غيرهم ، فأما اذا انتهى الامر الى ابراهيم والشعبي وابن سيرين وعطاء وسعيد بن المسيب (وهؤلاء مجتهدون من التابعين) فاني اجتهد كما اجتهدوا[٢] .

---

(١) تذكرة الحفاظ للامام الذهبي ج١ ص١٥٩

(٢) تاريخ بغداد ج١٣ ص٣٦٨ والانتقاء لابن عبدالبر ص١٤٣ .

فهذا النقل عن أبي حنيفة يدل على أنه يرجع الى كتاب الله فان لم يجد الحكم فيه يرجع الى السنة فان لم يجد الحكم فيها رجع الى أقوال الصحابة فان لم يجد الحكم فيها اجتهد . فالكتاب ثم السنة ثم أقوال الصحابة ثم الاجتهاد هذه هي مصادر الاحكام عند أبي حنيفة . والاجتهاد يدخل فيه القياس والاستحسان وقد برع فيهما وأجاد . كما كان يأخذ بالاجماع وبالعرف كما نقل عنه أيضا .

١٦٨ – تلامذته وتدوين فقهه :

أبو حنيفة لم يدون فقهه وانما نقلت لنا أقواله من قبل تلامذته كأبي يوسف ومحمد بن الحسن وهؤلاء هم الذين نشروا مذهب أبي حنيفة ودونوها مختلطة بأقوالهم وآرائهم ، فما كانوا بالمقلدين وانما كانوا مجتهدين منتسبين الى مدرسة أبي حنيفة وملتزمين طريقته في الاستنباط والاجتهاد ، وكانوا يناقشون امامهم في حياته وربما خالفوه وقد حفظت لهم أقوال تخالف أقوال استاذهم أبي حنيفة ولكن أقوالهم وأقواله نسبت جميعا الى مذهب أبي حنيفة باعتباره المؤسس الاول له .

وأشهر تلامذته أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني وزفر بن الهذيل والحسن بن زياد اللؤلؤي . وأشهر هؤلاء الاربعة وأبعدهم أثرا في نقل فقه أبي حنيفة ونشره أبو يوسف ومحمد .

أما أبو يوسف فهو يعقوب بن ابراهيم بن حبيب الانصاري ولد سنة ١١٣هـ وتوفي سنة ١٨٣هـ وكان أكبر تلامذة أبي حنيفة . ومع تخرجه بمدرسة أبي حنيفة فقد أخذ عن علماء الحديث ورحل الى مالك وتلقى عنه حديث أهل المدينة فقرب بين مذهب أهل العراق ومذهب أهل الحجاز وعمل على دعم آراء المذهب الحنفي بالحديث . وقد تولى القضاء في زمن المهدي والهادي والرشيد ، من خلفاء الدولة العباسية ، وصار قاضي القضاة وكان لتوليه القضاء أثر كبير في نشر المذهب الحنفي وفي صقله عمليا ، لان القضاء جعل الفقه الحنفي يواجه الحياة العملية ومشكلات الناس والحياة العامة وهذا كله يحمله على ايجاد الحلول لها ويجعل القياس أو الاستحسان في

المذهب الحنفي مستندا الى الحياة العملية لا الى الفروض النظرية فقط .

وللامام أبي يوسف تآليف كثيرة وهو أول من دون كتبا في المذهب الحنفي ، ومن كتبه التي وصلتنا كتابه (الخراج) وهو مؤلف نفيس في الامور المالية للدولة وهو مطبوع متداول . وكتاب اختلاف أبي حنيفة مع محمد بن عبدالرحمن المعروف بابن أبي ليلى ، وقد روى هذا الكتاب الامام الشافعي في كتابه (الام) وجعل عنوانه « هذا كتاب ما اختلف فيه أبو حنيفة وابن أبي ليلى عن أبي يوسف رحمهم الله تعالى »[1] . وهناك كتب أخرى له مثل كتاب اختلاف الامصار والرد على مالك بن انس وكتاب الوصايا وغيرها[2] . أما الامام محمد ، فهو محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني ، ولد بواسط في العراق سنة ١٣٢هـ ونشأ بالكوفة وتوفي سنة ١٨٩هـ . طلب الحديث وصحب أبا حنيفة وسمع منه وأخذ طريقته في الفقه ولكن لم تطل صحبته لابي حنيفة فتتلمذ لابي يوسف ثم رحل الى الامام مالك في المدينة ولازمه فيها ثلاث سنين وسمع منه الموطأ وله رواية له . ولقي الشافعي ببغداد وقرأ — أي الشافعي كتبه في فقه الحنفية وناظره في كثير من المسائل وأخذ عنه . وقد أثر لقاؤه بمالك والشافعي في فقهه ولكنه ظل منتسبا لمذهب أبي حنيفة ملتزما طريقته وله الفضل الاكبر في تدوين الفقه الحنفي ، وعلى كتبه اعتماد فقهاء الحنفية . فهو يعد بحق ناقل فقه أبي حنيفة وفقه العراقيين الى الاخلاف .

وكتب الامام محمد وصلت الينا كاملة ، بخلاف كتب أبي يوسف ، وقد عكف عليها علماء الحنفية شرحا وتعليقا واختصارا فهي عمدة المذهب ومرجع فقهائه . وهي من حيث الثقة بنقلها عنه نوعان :

الاول : ما نقله عنه الثقاة وهذه تسمى كتب ظاهر الرواية أو مسائل الاصول وهي : المبسوط ، والزيادات ، والجامع الكبير ، والجامع الصغير ، والسير الكبير ، والسير الصغير ، وانما سميت بكتب ظاهر الرواية لانها

---

(١) الام للشافعي ج٧ ص٨٧ وما بعدها .

(٢) الفهرست لابن النديم ص٤٨٦

رويت عنه برواية الثقاة . ويلحق بها كتاب الآثار ، وقد جمع في هذا الكتاب الآثار من أحاديث وفتاوى للصحابة التي يحتج بها الحنفية . كما يلحق بهذه الكتب – من حيث الثقة بها – كتاب الرد على أهل المدينة وقد رواه عنه الامام الشافعي في كتابه الام .

الثاني : كتب لم تبلغ نسبتها الى محمد نسبة الاولى فليس لها ما للاولى من الثقة والاشتهار والقبول وتسمى بكتب النوادر أو مسائل النوادر أو كتب غير ظاهرة الرواية وهي : الكيسانيات ، والهارونيات ، والجرجانيات ، والرقيات ، وزيادة الزيادات .

وقد جمع كتب ظاهرة الرواية في كتاب واحد بعد حذف المكرر منها الامام أبو الفضل محمد بن محمد بن أحمد المروزي المشهور بالحاكم الشهيد المتوفى سنة ٣٤٤هـ ، وسمى كتابه هذا (الكافي) ، ثم شرح هذا الكتاب في القرن الخامس الهجري الامام شمس الأئمة محمد بن أحمد السرخسي في كتاب سماه (المبسوط) ويقع في ثلاثين جزء ويعد أهم كتب الحنفية الاصيلة الناقلة لاقوال أئمة المذهب الاولين ، وقد ذكر فيه اصول المسائل وأدلتها وأوجه القياس فيها ، وربما تعرض الى خلاف أئمة المذاهب الاخرى كالشافعي ومالك فيذكر أقوالهم وأدلتهم ويرد عليها بأسلوب علمي رصين وعبارة واضحة جلية .

ومن الجدير بالذكر أن فقهاء الحنفية عند نقلهم آراء أبي حنيفة وأصحابه يطلقون اسم الشيخين على أبي حنيفة وأبي يوسف اذا كان في المسألة خلاف واتفق فيها رأي أبي حنيفة وأبي يوسف وخالفهما الامام محمد . واذا كان الاتفاق بين أبي يوسف ومحمد دون أبي حنيفة قالوا هذا رأي الصاحبين . واذا كان لاحدهم رأي منفرد نسب الى اسمه . فيقال رأي أبي حنيفة أو رأي أبي يوسف أو رأي محمد . أما زفر فيذكر رأيه منسوبا الى اسمه دائما .

وبعد تلامذة أبي حنيفة المباشرين جاء تلامذة هؤلاء ومن تلقى عنهم فكتبوا في الفقه الحنفي شارحين أو معلقين أو مختصرين لكتب الاوائل .

ومنهم من استنبط أحكام المسائل التي لم تنقل عن أئمتهم ، ومن كتب هذا النوع الاخير كتب الفتاوى والواقعات ، وهي أحكام المسائل التي استنبطها المجتهدون في المذهب الحنفي ، وأول كتاب عرف في هذا الموضوع كتاب النوازل للفقيه أبي الليث السمرقندي المتوفى سنة ٣٧٣هـ .

المبحث الثاني

مالك بن انس

١٦٩ – هو الامام مالك بن انس الاصبحي نسبة الى ذي أصبح ، وهي قبيلة باليمن ، قدم أجداده الى المدينة ومكثو فيها . ولد سنة ٩٣هـ وظل فيها لم يتحول عنها الا حاجاً حتى توفي فيها سنة ١٧٩هـ .

تلقى الفقه والسنة عن شيوخ كثيرين منهم عبدالرحمن بن هرمز ، ومحمد بن مسلم بن شهاب الزهري فقد أخذ عنه الحديث وفقه الأثر وفتاوى الصحابة . وأبو الزناد عبدالله بن ذكوان الملقب بأبي الزناد وقد أخذ عنه الحديث . ويحي بن سعيد وأخذ عنه فقه الرأي وعلم الرواية . وربيعة بن عبدالرحمن وقد تلقى عنه فقه الرأي اذ كان مشهورا فيه حتى سمي بربيعة الرأي . كما أخذ من غير هؤلاء كجعفر بن محمد الباقر . ولكن أكثر الشيوخ تأثيرا فيه ابن شهاب الزهري وربيعة الرأي .

ولما كمل تحصيل مالك واستوعب فقه المدينة جلس للافتاء والتدريس بعد أن شهد له بالاهلية سبعون رجلا من أكابر الفقهاء وفيهم من أخذ عنهم الفقه .

وكان في أول حياته يدرس ويفتي في مسجد النبي (ص) ولا يتحول عنه حتى ان الرشيد لما جاء للحج طلب من الامام مالك أن يأتيه ليسمع منه ابناه الامين والمأمون فأبى الامام مالك وقال له : أعز الله أمير المؤمنين ان هذا العلم منكم خرج فان أنتم أعززتموه عز وان أذللتموه ذل ، والعلم يؤتى ولا يأتي . فقال هارون الرشيد : صدقت وأمر ابنيه بالخروج الى المسجد

ليسمعا مع الناس . فقال مالك : بشريطة أن لا يتخطيا رقاب الناس ويجلسا حيث ينتهي بهم المجلس فحضرا بهذا الشرط[1] . وهكذا كان الامام مالك عزيز النفس يعرف قدر العلم الذي يحمله ولا يتهافت على باب السلطان ، حتى لو طلبه السلطان وهكذا ينبغي أن يكون العالم الفقيه .

ثم انتقل الى بيته يدرس ويفتي عندما مرض بسلس البول . وكان في تدريسه سواء في المسجد أو في البيت ينهج الطريقة الالقائية الخالية من المناقشة وتبادل الرأي والجدال مع تلاميذه خلافا لطريقة أبي حنيفة في التدريس ، ولهذا لم يحفظ عنه اختلاف بينه وبين تلاميذه في حياته وان نقلت لهم أقوال مخالفة لبعض ما ذهب اليه بعد وفاته . وكان تلامذته يدونون ما يروي لهم من أحاديث وآثار وما يقوله من فتاوى في المسائل التي تعرض عليه وما كان ينهاهم ولا يأمرهم ، وان كان في بعض الاحيان ينهاهم عن تدوين كل ما يقوله من فتاوى . وكان حريصا على أن لا يجيب الا عن مسائل واقعة فعلا ، فقد كان ينفر من الفقه الافتراضي حتى أن بعض تلامذته اذا أراد أن يسأله عن مسألة لم تقع دفع اليه أحد الناس يسأله عنها كأنها حادثة واقعة . ولا يدل نهج الامام مالك هذا انه كان قليل الاخذ بالرأي . فالحقيقة انه كان فقيه رأي كما كان فقيه أثر وقد أغناه عن الفرض والتقدير في مسائل الفقه كثرة الوقائع التي كانت تعرض عليه من قبل الوافدين عليه من مختلف الاقطار الاسلامية في موسم الحج أو من قبل الملازمين له الآخذين عنه ، وهم من أقطار شتى ، أو من قبل تلامذته الذين رجعوا الى ديارهم فكانوا يكتبون اليه بالمسائل التي تقع في ديارهم .

١٧٠ - اصول مذهبه :

لم يدون الامام مالك اصول مذهبه وقواعده في الاستنباط ومناهجه في الاجتهاد وان كان قد صرح بالبعض منها وأشار الى البعض الآخر . ومما صرح به في كتابه الموطأ أنه يأخذ بعمل أهل المدينة ويقدمه على خبر الاحاد

---

(١) مفتاح السعادة ج٢ ص٨٦

المعارض له ، وحجته في ذلك أن عمل أهل المدينة متوارث عن آبائهم وأجدادهم فهو بمثابة السنة المتواترة ، وما كان هذا شأنه يقدم على خبر الاحاد • وقد نازعه في هذا المسلك المجتهدون الآخرون كالشافعي والامام محمد بن الحسن •

وجماع اصول مذهب مالك ، بناء على ما صرح به أو أشار اليه أو استنبطه فقهاء المذهب من الفروع المنقولة عنه ، والآراء المدونة في موطأه ، هي - أي هذه الاصول - كما صرح بها الامام القرافي المالكي : الكتاب ، السنة ، الاجماع ، اجماع أهل المدينة ، القياس ، قول الصحابي ، المصلحة المرسلة ، العرف والعادات ، سد الذرائع ، الاستحسان ، الاستصحاب[1] •

ومن هذه الاصول يتبين لنا خصوبة المذهب وسعته وامكان تخريج الاحكام على اصوله الملائمة لكل عصر ومكان لا سيما على أصل المصلحة المرسلة الذي سيطر على جميع فقه مالك في كل المسائل التي لا نص فيها ، حتى قرن اسم المصالح المرسلة بمذهب مالك • كما أنه يتبين لنا من كثرة هذه الاصول مقام الامام مالك في فقه الرأي فقد اشتهر به على خلاف المعهود من فقهاء مدرسة الحجاز ، وأكثر من الاخذ بهذا الاصل ، حتى صار قوام اجتهاده بالرأي يقوم على أساس المصلحة • وربما أخذ بالقياس أو المصلحة وترك خبر الاحاد بناء على ان مخالفة الخبر للمصلحة أو للقياس الثابت المبني على قواعد الشريعة دليل على ضعف الخبر وعدم صحته ، من ذلك عدم أخذه بخبر المصراة لمخالفته - في نظره - للقياس القطعي المبني على قواعد الشريعة الثابتة • ومنه رده خبر اكفاء القدور التي طبخت بها لحوم الابل والغنم من الغنائم قبل قسمتها بحجة مخالفة ذلك للمصلحة[2] •

---

(١) الامام مالك تاليف استاذنا محمد أبو زهرة ص٢٥٨ • وانظر أيضا المدارك للقاضي عياض ص٥٧٨ ، الديباج المذهب لابن فرحون المالكي ص ٦٦ •

(٢) حديث المصراة (لا تصروا الابل والغنم ومن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ان شاء أمسك وان شاء ردها وصاعا من تمر) وحجة رده أنه خالف أصل الخراج بالضمان وان متلف الشيء انما يغرم مثله أو قيمته لا جنس آخر • أنظر الموافقات ج٣ ص٢٣ - ٢٥ •

١٧١ ـ تلامذة مالك :

أقام الامام مالك في المدينة ولم يتحول عنها حتى أنه لما طلب منه الرشيد الخروج معه الى بغداد أبى عليه ذلك مفضلا البقاء في جوار النبي (ص) على بغداد وغيرها[١] . وكان لملازمته المدينة وطول عمره المبارك وانتهاء رياسة الفقه في المدينة اليه تأثير كبير في الوافدين الكثيرين عليه ، فقد قصده طلاب العلم من مختلف الاقطار الاسلامية ، من مصر والشام والعراق وشمال افريقية والاندلس ولازموه وأخذوا عنه ورأوا في هذه الملازمة تحصيلا للفقه من أهله ومجاورة للنبي الكريم (ص) . ولهذا كان تلامذته كثيرين جدا نشروا فقهه في أوطانهم لا سيما في مصر وشمال افريقية والاندلس . ومن هؤلاء التلاميذ ، وهم فقهاء كبار ، عبدالله بن وهب لازم مالكا عشرين سنة ونشر مذهبه في مصر والمغرب وتوفي سنة ١٩٧هـ ، وكان الامام مالك يجله ويحترمه حتى انه كان يكتب اليه وهو في مصر ويلقبه بفقيه مصر . وعبدالرحمن بن القاسم المصري وكان له أثر بالغ في تدوين مذهب مالك فهو كالامام محمد بن الحسن بالنسبة لمذهب أبي حنيفة فكلاهما ، ناقل مذهب شيخه ، وله مع ذلك اجتهاد حر . صحب مالكا نحوا من عشرين سنة وروى عنه الموطأ ، وروايته للموطأ تعد أصح رواية وتوفي سنة ١٩٢هـ . ومنهم أشهب بن عبدالعزيز القيسي . انتهت اليه رياسة الفقه في مصر وتوفي سنة ٢٢٤هـ . ومنهم أبو الحسن علي بن زياد التونسي المتوفى سنة ١٨٣هـ ، وأبو عبدالله زياد بن عبدالرحمن القرطبي المتوفى عام ١٩٣هـ ، أخذ الموطأ عن مالك سماعا ونشره في الاندلس . وأسد بن فرات ، وهو من أهل تونس ، مات مجاهدا على رأس جيش في صقلية . وغير هؤلاء كثيرون .

١٧٢ ـ تدوين فقه مالك ونقله :

دون فقه مالك ونقل عنه بطريقتين : (الاولى) كتب ألفها مالك نفسه وأهمها الموطأ . (الثانية) بواسطة تلامذته نقد نشروا مذهبه ودون بعضهم

---

(١) الديباج المذهب ص١٣٢

آراءه وأقوالـه في (المدونـة) • ونذكر كلمـة موجزة عن الموطـأ ثم عن المدونـــة •

الموطـــأ :

وهو أجل ما كتبه مالك ، جمع فيه ما صح عنده من أحاديث رسول الله (ص) المتصلة والمرسلة وفتاوى الصحابة وأقضيتهم وأقوال التابعين ، كما ذكر آراءه في بعض المسائل قياسا على الآثار التي رواها أو توجيها وتفسيرا لما رواه أو ترجيحا لبعض ما رواه على البعض الآخر • وقد ظل يعمل فيه تأليفا وتهذيبا وتنقيحا مدة أربعين سنة ثم جعله على أبواب الفقه • وقد تلقته الامة بالقبول في زمانه وبعد زمانه ورواه عنه الجمع الغفير وشرحه أكثر من واحد • وأراد الرشيد ، وقبله أبو جعفر المنصور ، حمل الامة على اتباعـه فأبى مالك[1] •

المدونـــة :

أما المدونة فالاساس في تدوينها أن أسد بن الفرات سمع من مالـــك كتابه الموطأ ثم ذهب الى العراق فلقى أبا يوسف ومحمد بن الحسن صاحبي أبي حنيفة وسمع منهما فأراد أن يعرف رأي مالك في هـــذه المسائل التي دونها الامام محمد الا أن مالكا توفي فرجع الى مصر والتقى بعبدالله بن وهب تلميذ مالك وعرض عليه الفكرة فتهيب وأحجم ، فقصد عبدالرحمن بـن القاسم فأجابه الى طلبه وأخبره في كل مسألة فقهية برأي مالك ، وان شـك في حفظه عنه قال : أخال وأحسب وأظن ، وان لم يجد لمالك قولا في مسألة ، قال هو برأيه فيها اما بالقياس على ما قاله مالك في نظائر تلك المسألة ، واما بمحض اجتهاده وفي ضوء اصول المذهب المالكي ان لم يجد قولا لمالك في نظير المسألة المسؤول عنها • وجمع أسد أجوبة ابن القاسم في كتب سماها (الاسدية) ثم رحل بها الى القيروان بعد أن ترك نسخة منها بمصر • وفي القيروان تلقاها عنه سحنون وهو عبدالسلام بن سعيد التوخي وقد سمع من

---

(١) الديباج المذهب ص٢٥

ابن القاسم وابن وهب وأشهب فارتحل بها الى ابن القاسم وعرضها عليه فنقحها ابن القاسم وأسقط منها ما كان ظنا أو ما كان يشك فيه أدنى شك في نسبته الى مالك وما لم يجد فيه نصا يثق به قال برأيه واجتهاده على ضوء اصول مالك أو على قياس قول مالك في مثيله • فدون سحنون ما سمعه من ابن القاسم ورجع بها الى القيروان فأقبل الناس على ما كتبه سحنون وسمى ما كتبه « المدونة » ثم رتبها وهذبها وزاد عليها ما اختلف فيه مالك مع كبار أصحابه وذيل أبوابها بالحديث والآثار فكانت هذه المدونة تجمع آراء مالك وأقواله كما سمعها منه تلميذه ابن القاسم كما تجمع الاقوال المخرجة على اصوله ، وآراء أصحابه التي خالفوا فيها شيخهم مع الآثار والاحاديث الواردة في مسائل الفقه ، ثم جاء العلماء وشرحوها ولخصوها وعلقوا عليها •

المبحث الثالث

الشافعي

١٧٣ ـ هو الامام أبو عبدالله محمد بن ادريس الشافعي ، يلتقي نسبه مع الرسول (ص) في عبد مناف • ولد في غزة سنة ١٥٠هـ وتوفي في مصر سنة ٢٠٤هـ نشأ في مكة وتفقه على مسلم بن خالد الزنجي مفتي مكة حتى اذن له بالافتاء والشافعي ابن خمس عشرة سنة • ثم ارتحل الشافعي الى المدينة ولقي الامام مالكا وسمع منه الموطأ ورواه عنه وتفقه عليه ولازمه حتى مات سنة ١٧٩هـ • ثم ارتحل الى اليمن فالتقى هناك بعمر بن أبي سلمة صاحب الامام الارزاعي فأخذ عنه فقه شيخه ، كما التقى بيحي بن حسان صاحب الليث بن سعد فقيه مصر فأخذ عنه فقه هذا الامام الكبير • وفي سنة ١٨٤هـ جيء بالشافعي الى بغداد متهما بالعمل ضد الدولة العباسية ولكن ظهرت براءته مما اتهم به ، وكان مجيئه هذا سببا للقائه مع فقيه العراق محمد بن الحسن الشيباني صاحب أبي حنيفة فلازمه الشافعي وقرأ كتبه ونقل عنه ودارسه مسائل الفقه ثم انتقل بعد ذلك الى مكة ومعه كتب

العراقيين في الفقه وظل في مكة يدرس ويفتي ويلتقي بالعلماء في موسم الحج مدة تسع سنوات ثم قدم بعدها الى بغداد للمرة الثانية سنة ١٩٥هـ . وأقام فيها سنتين ثم رجع الى مكة ثم عاد الى بغداد سنة ١٩٨هـ وأقام فيها أشهرا ثم ارتحل الى مصر في أواخر سنة ١٩٩هـ وقيل في أوائل سنة ٢٠٠هـ . واستقر به المقام في مصر وأخذ يدرس ويفتي ويصنف ويملي على تلاميذه حتى وافاه الاجل سنة ٢٠٤هـ .

١٧٤ ـ فقه الامام الشافعي :

تيسر للامام الشافعي الاطلاع على المذاهب المعروفة في زمانه ودراستها دراسة فاحصة ناقدة مقارنة ، فقد أخذ فقه مكة في أول نشأته من مسلم بن خالد وغيره ، ثم تفقه على مالك فأخذ فقهه وفقه أهل المدينة حتى عد من تلامذة مالك وأتباع مدرسة المدينة وظل معروفا بهذا الوصف حتى مجيئه الى بغداد للمرة الاولى فاطلع على فقه أبي حنيفة ومدرسته عن طريق محمد بن الحسن . وهكذا تجمع فيه فقه الحجاز وفقه العراق ، ولما رجع الى مكة أخذ ينظر فيما وصل اليه من فقه ويدرسه دراسة فاحصة ويتأمل فيه ، وهنا ظهرت شخصية الشافعي بفقه جديد هو مزيج من فقه أهل العراق وأهل الحجاز وبدا يتميز بمذهب خاص به . ولما رجع الى العراق للمرة الثانية سنة ١٩٥ كان ذا مذهب مستقل له اصوله وقواعده ، فأخذ ينشره في العراق ويزيد عليه مدة بقائه في العراق وقد صنف كتابه « الحجة » وفيه آراؤه التي كونها حتى ذلك الحين ، وقد عرفت هذه الآراء بمذهبه القديم لانه رجع عن بعضها فيما بعد ، كما صنف رسالته في الاصول بناء على طلب عبد الرحمن بن مهدي أحد علماء الحديث . وبعد رجوعه الى مصر ترك قدرا غير قليل من أقواله في العراق لما رأى في مصر عادات وأحوالا تختلف عما رآه في العراق والحجاز ، كما أن نضوجه الفقهي ودوام تأمله فيما كتب وقال دعاه الى تغيير بعض آرائه في العراق . وقد أملى كتبه الجديدة على تلاميذه وهي المعبر عنها بالمذهب الجديد .

ويعد فقه الشافعي وسطا بين أهل الحديث وأهل الرأي ، فقد نصر

الاخذ بالسنة ولو كانت آحادا ورفض الاخذ بالحديث المرسل ، كما أخذ بالقياس دون غيره من أنواع الرأي .

١٧٥ - اصول مذهبه :

يعتبر الامام الشافعي أول من صنف في اصول الفقه ، ورسالته التي ألفها في هذا العلم تعتبر أقدم مصنف فيه وصل الينا ، وعلى هذا يكاد ينعقد الاجماع .

ومن رسالته الاصولية هذه ومما كتبه في « الام » تتبين لنا اصوله في الاستنباط ومسالكه في الاجتهاد . فهو يأخذ بالكتاب والسنة ويجعل السنة مبينة له وشارحة لنصوصه ومفصلة لمجمله ومقيدة لمطلقه ومخصصة لعامه ولو كانت أخبارا آحادية ، فهو يحتج بخبر الواحد ما دام راويه ثقة عدلا ولا يشترط في الخبر الشهرة فيما تعم به البلوى كما قال الحنفية ولا أن يوافق عمل أهل المدينة كما قال مالك فهو يشترط صحة السند فقط . أما الحديث المرسل فما كان يحتج به الا اذا كان من مراسيل كبار التابعين كسعيد بن المسيب وبشرط أن تتوافر فيه شروط خاصة ، وهذا خلاف مذهب أبي حنيفة وسفيان الثوري ومالك حيث كانوا يحتجون بالحديث المرسل ويجعلونه بمنزلة الحديث المتصل[١] .

وبعد الكتاب والسنة يحتج بالاجماع ثم بأقوال الصحابة يتخير منها ما هو الاقرب الى الكتاب والسنة فان لم يتبين القرب أخذ بأقوال الخلفاء الراشدين ورجحها على أقوال غيرهم . ثم بعد ذلك يحتج بالقياس . هذه هي اصول الشافعي ، ولهذا فقد أنكر الاستدلال بالاستحسان أو غيره وعده تشريعا بالهوى ، كما أنكر الاستدلال بالمصلحة المرسلة وبعمل أهل المدينة .

١٧٦ - تدوين الفقه الشافعي ونقله :

لقد تم نقل فقه الشافعي بطريقتين :

الاولى : الكتب التي كتبها الشافعي نفسه وأملاها املاء على تلاميذه ،

---

(١) الرسالة للشافعي ص ٦٩ وما بعدها ، والام ج٧ ص٢٤٦-٢٤٧

وأشهر ما كتب أو أملى كتاب (الرسالة) التي صنفها في العراق ثم اعـاد تصنيفها في مصر بعد تهذيبها • وهي أبحاث في اصول الفقه ، فقد تكلم فيها عن بيان القرآ وبيان السنة للقرآن ، والعـام والخاص والناسخ والمنسوخ والسـنة والاحتجاج بخبر الواحـد وغير ذلـك من الابحـاث الاصولية • والكتاب الثاني هو (الام) وهو كتاب فقه عظيم بليغ الاسلوب فيه عرض لاقواله مع الادلة ومناقشة أقوال الفقهـاء الآخرين باسلوب علمي رصين • وقد رواه عنه تلميذه الربيع بن سليمان المرادي •

الثانية : تلامذتـه وهؤلاء كثيرون منهم العراقيون ومنهم المصريون • فالعراقيون هـم نقلة مذهبـه القديم ومنهـم الحسن بن محمـد المعروف بالزعفراني المتوفى سـنة ٢٦٠هـ • وأبـو علي الحسـين بن علي المعروف بالكرابيسي المتوفى سنة ٢٤٥هـ • أما تلامذته في مصر فهم نقلة مذهبه الجديد ومنهم اسماعيل بن يحي المزني المتوفى سنة ٢٦٤هـ • وهو أذكى تلاميذه ولازم الشافعي منذ قدومه مصر الى أن توفي وله كتب كثيرة ساعدت عـلى نشر المذهب كما له آراء خالف بها شيخه • ومنهم البويطي وهو أبو يعقوب يوسف بن يحي البويطي أخذ الفقه عن الشافعي وحل محـل شـيخه في التدريس والافتاء بعد وفاته • ومنهم الربيع بن سليمان المرادي روى كتاب الام عن الشافعي وكتب نسخة منـه في حيـاة الشافعي • والمذهب الشافعي منتشر في مصـر واندونيسيا وعـدن ويوجـد أيضـا في العراق وكـذا في الباكستان •

المبحث الرابع

أحمد بن حنبل

١٧٧ ـ هو أبو عبدالله أحمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني ، ولد ببغداد سنة ١٦٤هـ وتوفي فيها سنة ٢٤١هـ •

رحل لطلب العلم الى مكة والمدينة والشام واليمن وغيرها من الاقطار

والبلدان . وقد تفقه بالشافعي حين قدومه الى بغداد ، ثم أصبح مجتهدا مستقلا ذا مذهب خاص به ، وقد فاق أقرانه في السنة وحفظها وتمييز صحيحها من سقيمها فكان عالم السنة وامامها في زمانه بحق بلا منازع . ومسنده المعروف بمسند الامام أحمد بن حنبل حوى على أكثر من أربعين ألف حديث .

ومع أنه كان عالما بالسنة متبحرا فيها ، فقد كان فقيها دقيق الفقه حتى قال الشافعي فيه يوم خرج الى مصر : خرجت من بغداد فما خلفت فيها رجلا أفضل ولا أعلم ولا أفقه من أحمد بن حنبل . وقد امتحن بالقول بخلق القرآن من قبل المأمون فأبى أن يقول ما أراد فآذاه وحبسه ، وتلك خطيئة كبيرة من المأمون ، لان اكراه الناس على مثل هذه البدعة لا يجوز في شرع الله ولكن هذا هو الذي وقع وكان .

١٧٨ ـ اصول فقهه :

بنى الامام أحمد فقهه على خمسة اصول[١] :

الاول : النص من الكتاب أو السنة . فاذا وجد النص لم يلتفت الى ما خالفه ولا الى من خالفه كائنا من كان . فالسنة عنده أجل من أن تعارض بآراء الرجال ولو كانت سنة آحاد ولو كان مخالفها من كبار المجتهدين والفقهاء . ولم يكن يقدم على الحديث الصحيح عمل أهل المدينة ولا غيرهم ولا رأيا ولا قياسا ولا قول صاحب ولا عدم العلم بالمخالف الذي يسميه الناس اجماعا . وهو في هذا النهج كالشافعي .

الثاني : فتوى الصحابي الذي لا يعرف لها مخالف ، فكان يأخذ بها ولا يسمى ذلك اجماعا .

الثالث : اذا اختلف الصحابة تخير من أقوالهم ما كان أقربها الى الكتاب والسنة .

الرابع : الأخذ بالحديث المرسل والحديث الضعيف اذا لم يكن دليل

---

(١) المدخل الى مذهب الامام أحمد بن حنبل تأليف ابن بدران ص٤١ وما بعدها .

آخر يدفعه وهو الذي رجحه على القياس • والحديث الضعيف عنده من أنواع الحديث الصحيح ، وليس هو الحديث الباطل أو المنكر أو الذي في روايته من لا يوثق به • فاذا لم يجد ما يعارض الحديث الضعيف من أثر أو قول صحابي أو اجماع ، أخذ بالضعيف وقدمه على القياس •

الخامس : القياس ، وهو آخر الاصول عنده يستعمله للضرورة اذا لم يجد نصا في الكتاب ولا في السنة ولا فتوى صحابي ولا حديثا مرسلا أو ضعيفا •

وكان أحمد في بعض الاحيان يتوقف في الفتوى لتعارض الادلة عنده أو لعدم اطلاعه على أثر في المسألة مع انه كان كثير المعرفة جدا بأقوال الصحابة وبأحاديث النبي (ص) • وكان لا يميل الى الفقه التقديري فاذا سئل عن مسألة لم تقع لم يحب أن يجيب عليها •

١٧٩ - تدوين مذهبه ونقله :

لم يدون الامام أحمد مذهبه ، وكان يكره أن يكتب شيء من آرائه وفتاويه ، وكان همه في جمع السنة وتدوينها ، الا أن أصحابه جمعوا من أقواله وفتاويه الشيء الكثير ، ورتبوه على أبواب الفقه • ثم جاء أحمد بن محمد بن هارون أبو بكر الخلال فصرف همته الى جمع ما روي عن أحمد بن حنبل وصنفه في كتابه (الجامع) • ومنهم المروزي أحمد بن محمد بن الحجاج المتوفى سنة ٢٧٥هـ • ثم جاء من بعد هؤلاء كثيرون صنفوا في فقه المذهب الحنبلي وجمعوا أقوال امامهم وشرحوها ، ومن هؤلاء أبو القاسم عمر بن أبي علي الحسين الخرقي المتوفى سنة ٣٢٤هـ ، ومن كتبه المشهورة المختصر المعروف باسم مختصر الخرقي وقد شرحه ابن قدامة المقدسي بكتابه المغني •

ثم جاء من بعد هؤلاء امامان كبيران ينتسبان الى المذهب الحنبلي وهما ابن تيمية وابن القيم ، فقد عرفا بانتسابهما الى المذهب الحنبلي واصوله وقواعده ، وان كانا ينهجان النهج المستقل في الاستنباط ولا يقلدان أحمد بن حنبل ولا غيره •

ثم بظهور محمد بن عبدالوهاب صاحب الدعوة الوهابية والمتوفى سنة ١٢٠٦هـ وبسبب نجاحه في دعوته صار المذهب الحنبلي هو المذهب الرسمي في بلاد نجد ثم لعموم الدولة السعودية حتى الوقت الحاضر .

المبحث الخامس

زيد بن علي

١٨٠ – هو الامام زيد بن علي زين العابدين بن الحسين بن علي بن أبي طالب . ولد في المدينة سنة ٨٠هـ واستشهد سنة ١٢٢هـ ، واليه ينسب المذهب الزيدي .

تلقى العلم في نشأته الاولى عن أبيه ثم عن أخيه محمد الباقر فكان بيته بيت علم وفقه ، ثم أخذ عن الفقهاء الآخرين الذين كانوا في زمانه[١] . وقد أجمع العلماء على جلالة قدره وسعة علمه وغزارة فقهه وعظيم ورعه وتقواه[٢] .

١٨١ – تدوين الفقه الزيدي ونقله :

وفقه الزيدية قريب من فقه المذاهب الاربعة التي ذكرناها سابقا ، ولا يختلف عنها الا في مسائل قليلة ، منها أن الزيدية لا يرون المسح على الخفين ، ويحرمون أكل المذبوح من غير المسلم ويحرمون نكاح الكتابيات[٣] .

وقد دون الفقه الزيدي ونقل ونشر عن طريقين :

الاول : بواسطة كتب الامام زيد ، فقد روي أنه كتب أو أملى على تلاميذه أكثر من كتاب ، كما روى عنه تلاميذه ما سمعوه منه . والذي وصلنا من فقه الامام زيد كتابه « المجموع » في الفقه والحديث وهو كتاب

---

(١) الروض النظير شرح مجموع الفقه الكبير للحيمي ج١ ص٤٩ وما بعدها .

(٢) المرجع السابق ج١ ص٦١

(٣) نظرة في تاريخ الفقيه للدكتور علي عبدالقادر ص١٨٤

جليل القدر مرتبا ترتيبا فقهيا وقد رواه عنه أبو خالد عمرو بن خالد الواسطي ، وقد شرحه العلماء ومنهم العلامة شرف الدين بن الحيمي الصنعاني المتوفى سنة ١٢٢١هـ وسمى شرحه (الروض النظير شرح مجموع الفقه الكبير) وهذا الشرح طبع بمصر سنة ١٣٤٧هـ ويقع في أربعة أجزاء كبيرة .

الثاني : بواسطة تلاميذه أو من تلقى عن تلاميذه وهم كثيرون . فمن تلاميذه المباشرين أولاده الاربعة عيسى ومحمد وحسين ويحي . ومنصور بن المعتمر ونصر بن حزيمة وغيرهم[١] .

ومن فقهاء المذهب الزيدي المشهورين الحسن بن علي المسمى بالناصر الكبير المتوفى سنة ٣٠٤هـ ، والقاسم بن ابراهيم الرسي المتوفى سنة ٢٤٢هـ وحفيده الهادي يحي بن الحسين بن القاسم الرسي وهو مؤسس الدولة الزيدية في اليمن ، فقد ولد هذا الامام في المدينة سنة ٢٤٥هـ ثم جاء الى اليمن سنة ٢٨٨هـ فبايعه أهلها فصار امام اليمن وحاكمها . وكان فقيها كبيرا ومجتهدا مطلقا وان كان منسوبا الى المذهب الزيدي وقد حفظ عنه مخالفته للامام زيد في بعض المسائل ، وقد صار له أتباع كثيرون ونشر طريقته في الاجتهاد باليمن حتى تبعه أهلها ولا يزال الكثير منهم على طريقته حتى الان فهم زيدية هادوية ، وله من الكتب كتاب الاحكام فيه أحاديث وآثار وفقه . وهكذا اجتمعت فيه صفة الحاكم العادل والفقيه المجتهد وقل ما يجتمع هذان الوصفان في شخص . استشهد في سنة ٢٩٨هـ بسبب جراحه التي أصابته في بعض حروبه مع القرامطة الذين عاثوا في الارض فسادا فأراد صدهم وايقافهم عند حدهم وقد تغلب عليهم في أكثر من موقعة حتى استشهد .

١٨٢ ـ اصول المذهب الزيدي :

لم يدون الامام زيد اصوله ومناهجه في الفقه والاستنباط ولكن فقهاء الزيدية دونوا اصول الفقه الزيدي استنباطا من الفروع المنقولة عن أئمتهم

(١) أنظر مقدمة الروض النظير في الجزء الاول في ترجمة الامام زيد وتلاميذه .

أو من أقوالهم الصريحة . وهذه الأصول هي الكتاب والسنة والاجماع والقياس والاستحسان والمصلحة المرسلة وحكم العقل[1] . وهذه الاصول تتفق مع الفروع المنقولة عن الامام زيد ولكنها ليست هي الاصول التي وضعها أو التي استنطبت من أقواله فقط لان الفقه الزيدي ليس هو فقه الامام زيد وحده ، بل فقهه وفقه طائفة كبيرة من آل البيت كالهادي والناصر وغيرهم المنتسبين الى زيد ، وكل هؤلاء مجتهدون اجتهادا مطلقا في الفروع وفي اصول الفقه أيضا ولذا توجد بعض اصول الفقه الزيدي منسوبة الى بعض فقهاء المذهب[2] . وعلى كل حال فاصول هذا المذهب واسعة تؤدي الى نماء المذهب وتوسعه لا سيما وان باب الاجتهاد مفتوح فيه والاختيار من المذاهب الاخرى مأخوذ به من قبل فقهائه .

وأكثر انتشاره في الوقت الحاضر في بلاد اليمن حتى انها كانت تعد دولة زيدية مذهبا وحكما قبل الثورة الاخيرة فيها .

المبحث السادس

جعفر الصادق

١٨٣ ـ هو الامام جعفر الصادق بن محمد الباقر ، سادس أئمة الشيعة الامامية . ولد بالمدينة سنة ٨٠ هـ وتوفي ببغداد وعمره ثمان وستون سنة[1] . وهو أحد الأئمة الاعلام علما وفقها وورعا وتقى وزهدا ، أخذ عنه الكثيرون وروى علمه غير واحد من الفقهاء ، وكان له

---

(١) الامام زيد لاستاذنا أبو زهرة ص٣٤٩ وما بعدها . وحكم العقل يقصد به أن الفقيه اذا لم يجد للمسألة حكما من الادلة الشرعية فانه يرجع الى العقل فما يتبين له قبح الشيء وضرره فهو المحظور وما يتبين له حسن الشيء ونفعه فهو المطلوب وهذا بناء على أن للاشياء حسنا وقبحا ذاتيين وهي مسألة مشهورة في علم الاصول : المرجع السابق ص٤٥٧ .

(٢) المرجع السابق ص٣٣٢

(٣) الامام الصادق : تأليف رمضان لاوند ص٢٧ وبعضهم يجعل ولادته سنة ٨٣هـ ، الامام الصادق تأليف أسد حيدر ج٢ ص٣٢ .

تلاميذ نقلوا علمه وفقهه وحديثه مثل أبان بن تغلب البكري وجابر بن يزيد الجعفي وداود بن فرقد الاسدي وغيرهم كثيرون[1] •

والى الامام جعفر الصادق ينتسب الشيعة الامامية الاثنا عشرية ولهذا يسمون بالجعفرية ومذهبهم يسمى بالمذهب الجعفري • والحقيقة أن هذه النسبة أو التسمية لا تدل على أن فقه الامامية مقصور على الامام جعفر أو أنهم لا يأخذون بأقوال غيره من أئمتهم الاثنى عشر ، لانهم يرون أن كل امام من أئمتهم الاثنى عشر[2] امام تجب طاعته ويلزم اتباعه وأخذ قوله والعمل به ، لان علمهم واحد متوارث الا أن الفرص لم تسنح لواحد منهم في اظهار مكنون علمه كما سنحت للامام جعفر الصادق حيث استطاع أن ينشر ما عنده من علم وفقه وسنة فكان من أجل هذا أن نسب اليه مذهب الامامية الاثنا عشرية ، بل كان انتسابهم اليه في زمانه[3] •

١٨٤ ـ أدلة الفقه الجعفري :

أدلة الفقه في المذهب الجعفري هي الكتاب والسنة والاجماع والعقل[4] • والسنة عندهم تشمل قول النبي (ص) وقول الامام فلا فرق

---

(١) أنظر تلامذته وترجمتهم في كتاب الامام الصادق تاليف محمد الحسين المظفر ج٢ ص١٤٤ ـ ١٩١ •

(٢) الائمة الاثنا عشر هم : علي بن أبي طالب والحسن والحسين وعلي زين العابدين ومحمد الباقر بن علي وجعفر الصادق بن محمد الباقر وموسى الكاظم بن جعفر الصادق وعلي الرضا بن موسى ومحمد الجواد بن علي ، وعلي الهادي بن محمد ، والحسن العسكري بن علي ثم ابنه المهدي المنتظر : المرجع السابق ، وفلسفة التشريع الاسلامي للدكتور صبحي محمصاني ص٥٤ •

(٣) الامام الصادق ، تاليف محمد الحسين المظفر ، الطبعة الثانية ج١ ص٢٠٥ ، ٢٠٨ ـ ٢٠٩ •

(٤) اصول الاستنباط ، تاليف العلامة علي نقي الحيدري ص١٥ • ويلاحظ هنا أن العقل معناه ما بيناه عند كلامنا عن الامام زيد • ويلاحظ أن بعض فقهاء الجعفرية نازعوا في حجته : أنظر الارائك ، تاليف مهدي بن الشيخ محمد علي بن محمد باقر ص١٣٠ • كما أن بعضهم يقبل القياس وهم طائفة الاصوليين منهم م: أنظر تذكرة الحفاظ للحلي ج١ ص١ ووسيلة الوسائل ص٧ وحل العقول ص٥٣ نقلا عن فلسفة التشريع في الاسلام للمحامي الدكتور صبحي محمصاني ص٥٥ هامش (٢) •

- في المذهب الجعفري - بين ما ثبت عن النبي (ص) وبين ما ثبت عن أئمتهم فالكل واجب الاتباع وما عندهم هو من الرسول (ص) لا من اجتهادهم ورأيهم[1] ، وان ما يقولونه لايدخل فيه الرأي والاجتهاد لانعلمهم موروث أخذه اللاحق عن السابق فلم يكن كسبيا ولا أخذا من أفواه الرجال ومدارستهم[2] .

١٨٥ - نقل الفقه الجعفري وانتشاره :

وقد نقل الفقه الجعفري بواسطة تلاميذ الامام جعفر الصادق ومن تلقى عن هؤلاء التلاميذ ، فمن الذين تخرجوا بالفقه الجعفري ولهم مكانة في المذهب أبو جعفر بن الحسن بن فروخ الصفار الاعرج القمي المتوفى سنة ٢٩٠هـ وهو المؤسس الحقيقي لمذهب الجعفرية في ايران وقد توفي سنة ٢٩٠هـ وله من الكتب كتابه « بشائر الدرجات في علوم آل محمد وما خصهم الله به »[3] . ومن كتب الفقه المشهورة في المذهب الجعفري كتاب شرائع الاسلام لجعفر بن الحسن الحلي المعروف بالمحقق المتوفى سنة ٦٧٦هـ ، وشرحه المسمى جواهر الكلام لمحمد حسن النجفي ، وتذكرة الفقهاء لمحسن بن يوسف الحلي وكتاب مفتاح الكرامة شرح قواعد العلامة تصنيف محمد بن محمد الحسيني العاملي المتوفى سنة ١٢٢٦هـ[4] . وكتب الحديث والآثار المعتبرة عندهم كتاب الكافي للكليني ، وكتاب من لا يحضره الفقيه للقمي ، والتهذيب والاستبصار للطوسي[5] .

---

(١) الامام الصادق المرجع السابق ج١ ص٦٠

(٢) الامام الصادق المرجع السابق ج١ ص١٥١

(٣) نظرة في تاريخ الفقه الاسلامي ، المرجع السابق ص١٨٨ .

(٤) فلسفة التشريع في الاسلام ، للدكتور صبحي محمصاني ص٥٥ هامش (٣) .

(٥) الكليني ، هو محمد بن يعقوب الكليني المتوفى سنة ٣٢٩هـ . والصدوق وهو الشيخ محمد بن علي بن الحسين بن موسى بن بابويه القمي الشهير بالصدوق والمتوفى سنة ٣٨١هـ . والطوسي هو أبو جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي المولود سنة ٣٨٥هـ والمتوفى سنة ٤٦٠هـ في النجف . وهذه الكتب الاربعة أهم ما يعتمد عليه فقهاء الشيعة من كتب الحديث : اصول الاستنباط ، تاليف العلامة علي نقي الحيدري ص١٨-١٩ ، ومحاضرات في اصول الفقه الجعفري للشيخ محمد أبو زهرة ص١٦٣-١٦٦ .

والمذهب الجعفري منتشر في ايـران والعراق والهـند وباكستان وفي لبنان وله أتباع في الشام أيضا وغيرها من البلاد • وليس بين الفقه الجعفري والمذاهب الاخرى من الاختلافات أكثر من الاختلاف بين أي مذهب وآخر ، الا أن الفقه الجعفري انفرد عن المذاهب التي تكلمنا عنها بمسائل قليلة جدا لعل من أشهرها جواز نكاح المتعة أي النكاح المؤقت في المذهب الجعفري[1] وعدم جوازه في المذاهب الخمسة التي مر ذكرها •

المبحث السابع

المذاهب المندرسة

١٨٦ ـ قلنا ان من المذاهب ما اندرس بموت أصحابها أو بعد موتهم بقليل أو كثير • ومن هذه المذاهب مذهب الامام الاوزاعي وسفيان الثوري والليث بن سعد وداود الظاهري وابن جرير الطبري • ونذكر فيما يلي كلمة تعريفية موجزة عن كل واحد منهم •

١٨٧ ـ الاوزاعي :

هو أبو عمرو عبدالرحمن بن محمد الاوزاعي • ولد بالشام سـنة ٨٨هـ وتوفي في بيروت سنة ١٥٧هـ • وكان عالما بالحديث كثير الرحلات من أجله لا يميل الى الرأي والقياس ويدعو الى الاستمساك بالسنة والوقوف عندها ، ولهذا فهو من فقهاء مدرسة الحديث ، فكان اذا وجد الحديث أخذ به ولم يلتفت الى شيء آخر[2] •

انتشر هذا المذهب في الشام والاندلس ولكن لم يطل انتشاره وبقاؤه فقد تقلص ظله وقل أتباعه ثم اندرس ولم يبق من ذكره الا بعض أقـوال الامام الاوزاعي تذكر في كتب الخلاف[3] •

---

(١) الدكتور صبحي محمصاني ، المرجع السابق ، ص٥٥
(٢) تذكرة الحفاظ للذهبي ج١ ص١٧٠
(٣) تذكرة الحفاظ للذهبي ج١ ص١٧٢

١٨٨ - سفيان الثوري :

هو أبو عبدالله سفيان بن سعيد الثوري الكوفي ، صاحب المذهب المعروف باسمه . ولد بالكوفة سنة ٩٧هـ وتوفي في البصرة سنة ١٦١هـ . كان من فقهاء الحديث ، واشتهر بالورع والتقوى والصراحة في الحق والبعد عن السلطان والجرأة معهم في بيان الحق . لم يبق مذهبه طويلا لقلة أتباعه فاندثر بعد موته .

١٨٩ - الليث بن سعد :

فقيه مصري ولد في مصر وتوفي فيها سنة ١٧٥هـ . وكان لا يقل فقها عن مالك والشافعي ، ومراسلاته مع مالك ومناقشاته معه تدل على سعة علمه واطلاعه وغزارة فقهه ، وقد ذكر ابن القيم رسالته القيمة التي أرسلها الى مالك والتي يناقشه فيها ببعض آرائه[1] . الا أن مذهبه لم يتهيأ له البقاء والاستمرار لعدم تدوين مذهبه أولا ولقلة أتباعه الذين ينشرونه ثانيا ، ولهذا لم يصمد أمام مذهب الشافعي ومذهب مالك في مصر فاندثر بعد موته بمدة وجيزة .

١٩٠ - داود الظاهري :

هو أبو سليمان داود بن علي الاصفهاني صاحب المذهب الظاهري . ولد سنة ٢٠٠هـ وتوفي سنة ٢٧٠هـ . كان في أول أمره من أتباع الشافعي ثم استقل بمذهب خاص يقوم على الاخذ بظواهر الكتاب والسنة وعدم الاخذ بالقياس ولا بأي وجه من وجوه الرأي . فاصول مذهبه تقوم على نصوص الكتاب والسنة ثم الاجماع ولا شيء غير ذلك . وقد انتشر هذا المذهب ثم اندثر شيئا فشيئا حتى انتهى أمره في القرن الثامن الهجري كما ينقل لنا ابن خلدون في مقدمته .

الا أن هذا المذهب ظفر بفقيه جليل عالم بالسنن هو الامام ابن حزم الاندلسي المتوفى عام ٤٥٦هـ . فقد اعتنق هذا المذهب ونصره ودافع عنه

---

(١) اعلام الموقعين ج١ ص٧٢ وما بعدها .

ووضح اصوله وألف فيه كتابه الشهير (المحلى) . وقد ذكر في هذا الكتاب آراء المذهب ورد على المخالفين له . ويمتاز ابن حزم في قسوته بالرد على المخالفين وعنفه في النقاش ، ونعته خصومه بأقبح الاوصاف وهذا ما عابه عليه العلماء ، الا أن مسلكه هذا لا يمنع من الانتفاع بكتابه وبآرائه . كما أن له كتابا في الاصول هو (الاحكام في اصول الاحكام) وهو بيان لاصول المذهب الظاهري ورد على المخالفين مع ذكر الادلة وسوق الجدال والنقاش . ومما انفرد به المذهب الظاهري عن غيره من المذاهب ، قوله بوجوب النفقة للزوج المعسر على زوجته الغنية المقتدرة[1] . وقوله بجواز تولية المرأة القضاء على الاطلاق ، وقد شاركه بهذا الرأي الامام ابن جرير الطبري ووافقهم عليه الحنفية بحدود توليتها القضاء في الاموال فقط[2] . وهذه الاقوال خلاف ما عليه الفقهاء الآخرون من المذاهب الاخرى .

١٩١ - ابن جرير الطبري :

هو أبو جعفر محمد بن جرير الطبري المتوفى سنة ٣١٠هـ . تلقى فقه الشافعي وأخذ فقه مالك وفقه أهل العراق ولم يصر مقلدا لواحد منهم ، بل استقل بمذهب مستقل فكان مجتهدا لا يتقيد الا بالدليل وصار له أتباع ولكن مذهبه انقطع وانتهى بعد وفاته بمدة وجيزة[3] .

ومن كتبه المشهورة القيمة الجليلة القدر التي لا يستغنى عنها كتابه المشهور في التفسير واسمه « جامع البيان عن تأويل آي القرآن » ، وهو مشهور باسم تفسير الطبري . وكتابه الآخر في التاريخ وهو المعروف بتاريخ الطبري وكلاهما مشهور ومطبوع . وفي تفسيره نجد كثيرا من الاحكام الفقهية المستنبطة من الآيات الكريمة وأقوال الفقهاء القدامى المندرسة مذاهبهم أو الباقية ، ولهذا ينبغي لكل متفقه أو مريد الاطلاع على أقوال الفقهاء أن

---

(١) المحلي لابن حزم باب النفقة المسألة رقم ١٩٣٠ .

(٢) بداية المجتهد لابن رشد ج٢ ص٣٨١ ، والمحلى ج٣ المسألة رقم ١٨٠٠ .

(٣) تذكرة الحفاظ ج٢ ص٢٥١ والفهرست لابن النديم ص٣٢٦ .

لا يغفل عن هـذا التفسير وغيره من التفاسير التي تعنى ببيان أحكام القرآن مثل أحكام القرآن للجصاص والجامع لاحكام القرآن للقرطبي وغيرهما •
وله أيضا كتابه اختلاف الفقهاء وهو كتاب جيد ذكر فيه اختلاف الفقهاء في مسائل كثيرة مثل أحـكام الجهـاد والجزيـة وأحـكام الذمي والمستأمن ونحو ذلـك •

الباب الثالث

مصادر الفقه

١٩٢ – تمهيد ، ومنهج البحث :

قلنا ان الفقه هو الاحكام الشرعية العملية ، أي الاحكام المتعلقة بأفعال المكلفين من عبادات ومعاملات .

والمقصود بمصادر الفقه أدلته التي يستند اليها ويقوم عليها ، وان شئت قلت المنابع التي يستقي منها . ويسمى البعض هذه المصادر بـ « مصادر الشريعة »[١] أو « مصادر التشريع الاسلامي »[٢] . ومهما كانت التسمية

---

(١) الواقع ان هذا الاطلاق لا يقبل الا على سبيل التجوز والمسامحة . لان الشريعة أعم من الفقه ، كما قلنا سابقا ، ولان الشريعة ليست سوى وحي الله الى رسوله باللفظ والمعنى وهو القرآن أو بالمعنى دون للفظ وهو السنة ، أما الفقه فهو يشمل الاحكام الواردة بها النصوص الصريحة في الكتاب والسنة ، كما يشمل الاحكام المستنبطة بالاجتهاد والرأي من المصادر التي دلت عليها هذه النصوص . وبهذا لا تكون جميع أحكام الفقه تشريعا آلهيا ولا جزء من الشريعة الاسلامية الا على اعتبار انها تستند الى نصوص الشريعة بصورة مباشرة أو غير مباشرة ، كما ذكرنا من قبل .

(٢) يراد بالتشريع الاسلامي سن الاحكام الاسلامية أي وضعها وايجادها وتشريع الاحكام في الحقيقة يرجع الى الله وحده . ولكن عند عدم ورود الحكم في الكتاب أو السنة فان الشريعة الاسلامية أباحت للمجتهدين أن يجتهدوا ويسنوا الاحكام المطلوبة في ضوء قواعد الشريعة واصولها ، وفي هذه الحالة يعتبر ما يسنونه من أحكام من قبيل التشريع الاسلامي باعتبار ان هذه الاحكام تستند الى قواعد الشريعة وان سنها كان باذن من الشريعة ، كما ذكرنا من قبل .

فان مصادر الفقه ترجع كلها الى وحي الله ، قرآنا كان الوحي أو سنة .
ولهذا فاننا نرجح تقسيم هذه المصادر الى : مصادر أصلية وهي الكتاب والسنة ومصادر تبعية أرشدت اليها نصوص الكتاب والسنة ، كالاجماع والقياس .

وسنتكلم عن المصادر الاصلية في فصل أول ، ثم نتكلم عن المصادر التبعية في فصل ثان .

الفصل الاول

المصادر الاصلية

الكتاب والسنة

المبحث الأول

الكتاب

١٩٣ – الكتاب ، أو القرآن ، هو كتاب الله المنزل على رسوله محمد (ص) المكتوب في المصاحف ، المنقول الينا عن النبي (ص) نقلا متواترا بلا شبهة(١) •

ولا خلاف بين المسلمين في أن القرآن هو المصدر الاول للتشريع وانه حجة على الناس أجمعين • والدليل على حجيته انه من عند الله ، والدليل على انه من عند الله اعجازه ، كما سنبين بعد قليل • واذا ثبت كونه من عند الله بدليل اعجازه ، وجب اتباعه من قبل الجميع واستفادة الاحكام من نصوصه •

١٩٤ – خصائص الكتاب :

أولا : لفظ القرآن ومعناه من عند الله وليس للرسول (ص) فيه سوى التبليغ ولفظه نزل بلسان عربي ، قال تعالى : « انا جعلناه قرآنا عربيا » وقال تعالى عن القرآن الكريم : « وانه لتنزيل رب العالمين • نزل به الروح

---

(١) أنظر تعريفات أخرى للقرآن الكريم في كتاب الاحكام للامدي ج١ ص٢٢٨ ، والمستصفى للغزالي ج١ ص٦٥ ، ومرآة الاصول للازميري ج١ ص٨٦ – ٨٧ •

الامين • على قلبك لتكون من المنذرين • بلسان عربي مبين »[1] • وعلى هذا لا تعتبر أحاديث الرسول (ص) من القرآن لان الفاظها ليست من الله وان كانت معانيها موحى بها اليه من الله تعالى • وترجمة القرآن الى غير اللغة العربية لا تعتبر قرآنا •

ثانيا : انه نقل الينا نقلا متواترا • ومعنى النقل المتواتر هو نقل القرآن عن النبي (ص) من قبل أقوام لا يحصون ولا يتصور العقل تواطأهم على الكذب ، ثم نقله عن هؤلاء آخرون لا يتصور العقل تواطأهم على الكذب ، لكثرة عددهم وتباين أماكنهم ، وهكذا حتى وصل الينا • فالتواتر متحقق في جميع مراحل نقل القرآن ، وهذا هو معنى قول الامام السرخسي اذ يقول : « فيكون أول النقل ـ أي المتواتر ـ كآخره ، وأوسطه كطرفيه »[2] • والنقل المتواتر يفيد اليقين والعلم القطعي •

ثالثا : انه وصل الينا دون زيادة أو نقص لان الله تعالى تكفل بحفظه قال عزوجل : « انا نحن نزلنا الذكر وانا له لحافظون » •

رابعا : انه معجز بمعنى ان البشر جميعا عاجزون عن الاتيان بمثله • وقد ثبت الاعجاز بتحدي القرآن للعرب المخالفين من أن يأتوا بمثل هذا القرآن أو بعشر سور من مثله أو بسورة واحدة من مثله ، قال تعالى : « قلن لئن اجتمعت الانس والجن على أن يأتوا بمثل هذا القرآن لا يأتون بمثله ولو كان بعضهم لبعض ظهيرا »[3] • « وان كنتم في ريب مما نزلنا على عبدنا فأتوا بسورة من مثله وادعوا شهداءكم من دون الله ان كنتم صادقين • فان لم تفعلوا ولن تفعلوا فاتقوا النار التي وقودها الناس والحجارة أعدت للكافرين »[4] • وقد سكت المخالفون عن المعارضة مع حرصهم الشديد على ابطال دعوة النبي (ص) وتكذيبه ، ومع عدم وجود المانع من هذه المعارضة ، فهم أهل البلاغة والفصاحة وأصحاب السلطان ، فلولا عجزهم

---

(١) سورة الشعراء ، الايات ١٩٢ ـ ١٩٥ •
(٢) اصول السرخسي ج١ ص٢٨٢
(٣) سورة الاسراء ، الاية ٨٨
(٤) سورة البقرة ، الاية ٢٢ ، ٢٣

لما سكتوا ، واذا عجز العرب فغيرهم أعجز واذا ثبت العجز من الجميع ـ ولا يزال ثابتا حتى يومنا هذا ـ ثبت أن القرآن من عند الله ، واذا ثبت انه من عند رب الناس وجب على الناس اتباعه • وعلى هذا فالقرآن حجة على الجميع والمصدر الاول للتشريع بالدليل القاطع والبرهان الساطع •

١٩٥ ـ أنواع أحكام القرآن :

أحكام القرآن ثلاثة أنواع :

أولا : أحكام تتعلق بالعقيدة كالايمان بالله ورسله واليوم لآخر وهذه هي الاحكام الاعتقادية •

ثانيا : أحكام تتعلق بتزكية النفوس وتهذيبها وبيان الاخلاق القويمة الواجب التحلي بها ، والاخلاق الرديئة الواجب التخلي عنها ، وهذه هي الاحكام الاخلاقية •

ثالثا : الاحكام المتعلقة بأقوال وأفعال المكلفين فيما عدا النوعين السابقين وهذه هي الاحكام العملية وتدخل في موضوع الفقه • وهي قسمان :

القسم الاول : عبادات •

القسم الثاني : معاملات وتشمل جميع مسائل القانون العام والخاص على النحو الذي فصلناه من قبل •

١٩٦ ـ بيان القرآن للاحكام :

جاء بيان القرآن للاحكام على ثلاثة أنواع :

النوع الاول :

بيان كلي أي بذكر القواعد والمبادىء العامة التي تكون أساسا لتفريع الاحكام وابتنائها عليها ، مثل :

أ ـ الامر بالشورى ، قال تعالى : « وشاورهم في الامر » •

ب ـ الامر بالعدل والحكم به « ان الله يأمر بالعدل » « ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » •

ج ـ لا يسئل الانسان عن ذنب غيره : «ولا تزر وازرة وزر أخرى»•

د – العقوبة بقدر الجريمة : « وجزاء سيئة سيئة مثلها » .

هـ – حرمة مال الغير : « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالاثم وأنتم تعلمون » .

و – التعاون على الخير وما فيه نفع للامة : « وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان » .

ز – الوفاء بالالتزامات : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » .

ح – لا حرج ولا ضيق في الدين : « وما جعل عليكم في الدين من حرج » « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » .

ط – الضرورات تبيح المحظورات : « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليـــه » .

النوع الثاني :

بيان اجمالي أي ذكر الاحكام بصورة مجملة تحتاج الى بيان وتفصيل ومن هذه الاحكام :

أ – وجوب الصلاة والزكاة ، قال تعالى : « أقيموا الصلاة وآتــوا الزكاة » ولم يبين القرآن عدد ركعات الصلاة وكيفيتها ، فجاءت السـنة بتفصيل ذلك ، قال عليه السلام « صلوا كما رأيتموني أصلي » وكذلــك جاءت السنة ببيان أحكام الزكاة وتحديد مقاديرها وأنصبتها .

– وجوب الحج : « ولله على الناس حج البيت من استطاع اليــه سبيلا » . فجاءت السنة بتفصيل وبيان الحج وأركانه ، قال عليه السـلام : « خذوا عني مناسككم » .

ج – ايجاب القصاص : « كتب عليكم القصاص » فجاءت السنة ببيان شروط القصاص .

د – حل البيع وحرمة الربا : « وأحل الله البيع وحرم الربا » فجاءت السنة ببيان البيع الحلال والبيع الحرام والمقصود بالربا .

النوع الثالث :

بيان تفصيلي أي ذكر الاحكام بصورة تفصيلية لا اجمال فيها ، مثل أنصبة الورثة ، وكيفية الطلاق وعدده ، وكيفية اللعان بين الزوجين ، والمحرمات من النساء في النكاح ، وبعض العقوبات وهي المسماة بالحدود كحد الزنا والسرقة وقطع الطريق والقذف ، وغير ذلك من الاحكام التفصيلية في القرآن •

١٩٧ ـ وأكثر بيان القرآن التفصيلي جاء بالنسبة لاحكام العقيدة والاخلاق • أما الاحكام العملية فقد جاء البيان في أكثرها على شكل كلي لا جزئي ، واجمالي لا تفصيلي سوى مسائل قليلة فصلها القرآن ، ذكرنا بعض الامثلة لها • وقد أعطى الله رسوله (ص) سلطة بيان الاحكام المجملة ، قال تعالى : « وأنزلنا اليك الذكر لتبين للناس ما نزل اليهم » •

والحق أن تفصيل جميع الاحكام في القرآن يخرجه عن مقصده الاول وهو الهداية والارشاد • كما أن مجيء بعض الاحكام على شكل قواعد ومبادىء عامة مرنة ، يلائم عموم وبقاء الشريعة ، بحيث يمكن تفريع الاحكام عليها ، وتطبيقها على جزئيات الوقائع في مختلف الازمان •

١٩٨ ـ ربط الاحكام بالعقيدة :

والملاحظ في أحكام القرآن انها جاءت مرتبطة بمسائل العقيدة مثل الايمان بالله واليوم الآخر والعقاب الآخروي الذي يلحق المخالف ونحو ذلك ، والامثلة على ذلك كثيرة منها :

أ ـ في الاحكام العقابية قال تعالى : « الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر » • وفي عقوبة السارق : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم » •

وفي الربا : يا أيها الذين آمنوا : « اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا ان كنتم مؤمنين • فان لم تفعلوا فاذنوا بحرب من الله ورسوله وان تبتم فلكم

رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون». وفي أكل مال اليتيم : « ان الذين ياكلون أموال اليتامى ظلما انما ياكلون في بطونهم نارا وسيصلون سعيرا ».

وهكذا جميع الاحكام متصلة بالعقيدة ، لان العقيدة أساس الاحكام وقائمة عليها ، ومن أركان العقيدة الايمان بالله واليوم الآخر وغيرهما من اركان العقيدة ، فربط الاحكام بها تذكير للانسان بأن هذه الاحكام من عند الله وما كان من عند الله تجب طاعته ولا يملك أحد تغييره ، وان من يخالف هذه الاحكام يلق عقابه في اليوم الآخر .

١٩٩ – اسلوب القرآن في بيان الاحكام :

للقرآن أساليب مختلفة في بيان الاحكام اقتضتها بلاغته وكونه معجزا وكتاب هداية وارشاد . فهو يعرض الاحكام عرضا فيه تشويق للامتثال وتنفير عن المخالفة ، ولهذا نجد ما هو مطلوب فعله يأتي بصيغة الامر « أقيموا الصلاة » وتارة يأتي بذكر الجزاء الحسن والثواب لفاعله ، وطورا يأتي بذكر محبة فاعله والثناء عليه وغير ذلك من أساليب بيان الواجب .

والمطلوب تركه ، قد يأتي بصيغة النهي « ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة » ، وقد يأتي ذكره على وجه الذم له ولفاعله أو ببيان انه سبب للعذاب أو لسخط الله أو مقته أو دخول النار أو لعن فاعله أو بوصف الفعل انه رجس أو فسق ونحو ذلك من الاساليب الدالة على أن الفعل محرم مطلوب تركه .

والفعل المباح قد يأتي بيانه باستعمال لفظ الحل أو الاذن أو نفي الحرج أو نفي الجناح ونحو ذلك .

٢٠٠ – وقد يأتي الحكم الواحد في القرآن في أكثر من موضع واحد للتذكير به والتأكيد عليه . وأخيرا يلاحظ ان أحكام القرآن مبثوثة في سوره ، فهي غير مجموعة في مكان واحد ، لان القرآن ليس كتابا قانونيا صرفا على النحو الذي نعهده في كتب القانون وان تعرض لمسائله وجاء بأحكام قانونية ، فهو كتاب هداية وارشاد وأخلاق وعبادة وقانون ، وأحكامه متصلة بعضها ببعض ، فأحكام الاخلاق متصلة باحكام المعاملات بمعناها

الواسع والأخيرة متصلة بالعقيدة فلا يضر كون الاحكام غير مجموعة في مكان واحد ، بل أن جعلها مبثوثة في ثنايا الكتاب أدعى الى فهمها جيـــدا ومعرفة ما يتصل بها ، وتجعل القارىء لا يمل من قراءة أي جزء من القرآن .

المبحث الثاني

السـنة

٢٠١ ـ السنة في اللغة الطريقة المعتادة التي يتكرر العمل بمقتضاها ، وبهذا المعنى جاء في القرآن الكريم « سنة الله في الذين خلوا من قبل ولن تجد لسنة الله تبديلا » .

وفي الاصطلاح الشرعي ، يراد بالسنة : ما صدر عن النبي (ص) غير القرآن من قول أو فعل أو تقرير(١) .

٢٠٢ ـ الدليل على حجية السنة وانها مصدر للتشريع :

السنة مصدر للتشريع ، دل على هذا الكتاب بنصوصه الكثيرة وبأساليب مختلفة ومن ذلك :

أ ـ التصريح بأن النبي (ص) لا ينطق عن الهوى وانما هو وحي من الله ، وما كان من عند الله يلزم اتباعه ، قال تعالى : « وما ينطق عن الهـوى ان هو الا وحي يوحى » .

ب ـ الامر بطاعة الرسول : « قل أطيعوا الله والرسول » .

ج ـ جعل طاعة الرسول طاعة لله « من يطع الرسول فقد أطاع الله » .

د ـ الامر باتباع ما يأتينا به الرسول : « وما أتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا » .

هـ ـ وجوب رد المتنازع فيه الى الله أي الى كتابه والى الرسول أي الى سنته ، قال تعالى : « فان تنازعتم في شيء فردوه الى الله والرسول ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا » .

---

(١) الآمدي ج١ ص٢٤١ ، وحاشية الازميري ج٢ ص١٩٦

و – وجوب تحكيم الرسول (ص) فيما يحصل فيه الاختلاف وقبول ما يحكم به : « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما » .

ز – لا خيار للمسلم فيما قضى به الله أو قضى به رسوله : (وما كان لمؤمن ولا مؤمنة اذا قضى الله ورسوله أمرا أن يكون لهم الخيرة من أمرهم ومن يعص الله ورسوله فقد ضل ضلالا مبينا) .

ح – التحذير بالعذاب الاليم من مخالفة الرسول : « فليحذر الذين يخالفون عن أمره أن تصيبهم فتنة أو يصيبهم عذاب أليم » .

ط – أعطى الله رسوله سلطة بيان أحكام القرآن ، لان في القرآن أحكاما مجملة تحتاج الى تفصيل وبيان حتى يصح بها التكليف ولهذا بينها النبي (ص) بما له من سلطة البيان قال تعالى : « وأنزلنا اليك الذكر لتبين للناس ما نزل اليهم » . فهذه النصوص وأمثالها تدل على أن السنة حجة وواجبة الاتباع ومتممة للكتاب ومصدر للتشريع .

٢٠٣ – أنواع السنة باعتبار سندها :

ويقصد بسندها رواتها وهي بهذا الاعتبار ثلاثة أنواع اذا اتصل سندها[١] .

أولا : سنة متواترة وهي ما رواها عن النبي (ص) جمع لا يتصور العقل تواطأهم على الكذب ولا يحصى عددهم ، ثم نقلها عنهم جمع بهذه الصفة أيضا حتى بلغتنا[٢] . ومن هذا النوع السنن العملية التي بينت مقادير الزكاة وأفعال الحج ، وهيآت الصلاة وأركانها . وهذه تفيد العلم اليقيني .

ثانيا : سنة مشهورة وهي ما رواها عن النبي(ص) واحد أو اثنان أي عدد لا يبلغ حد التواتر ثم اشتهرت فنقلها جموع التواتر في عصر التابعين وتابعي

(١) أما اذا لم يتصل سندها الى النبي (ص) بأن لم يذكر التابعي اسم الصحابي الذي روى السنة عن النبي (ص) فيسمى بالحديث المرسل .

(٢) أنظر شرح نخبة الفكر في مصطلح أهل الاثر للعسقلاني ص٦ – ٨ ، والشوكاني ص٤٦ ، والمستصفى ج١ ص٩٠ .

التابعين[1] وهذا النوع من السنة يفيد العلم اليقيني عند الحنفية ولكن دون اليقين بالسنة المتواترة •

ثالثا : سنة آحاد : وهي ما يرويها عن النبي (ص) عدد لم يبلغ حد التواتر ولم تشتهر فيما بعد أي هي ما ليست سنة متواترة ولا مشهورة • وهذا النوع يفيد العلم الظني الراجح بصحة نسبتها الى النبي (ص) ويلزم العمل بهـــا •

٢٠٤ ـ أنواع السنة من حيث ماهيتها أي ذاتها :

السنة باعتبار حقيقتها وذاتها[2] تنقسم الى ثلاثة أقسام :

القسم الاول : سنة قولية وهي أقوال النبي (ص) وتسمى بالحديث[3] مثل قوله عليه السلام : (لا ضرر ولا ضرار) وقوله : (من رأى منكم منكر فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه فان لـم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الايمـــان)[4] •

القسم الثاني : سنة فعلية وهي ما فعله النبي (ص) مثل قضائه بشاهد واحد ويمين المدعى ومثل ادائه مناسك الحج •

القسم الثالث : سنة تقريرية وهي سكوت النبي (ص) عن انكار قول أو فعل فهذا السكوت يـدل على جـواز الفعـل واباحتـه لان النبي (ص) لا يسكت على باطل أبدا ومن أمثلة هذا النوع سـكوته وعدم انكاره لعب

---

(١) مسلم الثبوت ج٢ ص١١١ • والمقصود بعصر التابعين العصر الذي تلا عصر الصحابة ، وعصر تابعي التابعين العصر الذي تلا عصر التابعين وتنتهي هذه العصور في منتصف القرن الثالث للهجرة تقريبا • وسبب تقييد الشهرة بهذه العصور هو انشارها واشتهارها بعد التدوين •

(٢) أي متنها فكل سنة لها سند ومتن فالسند هو رواتها والمتن هو نفس السنة المروية •

(٣) وقد يطلق اسم الحديث على جميع أنواع السنة قولية كانت أو فعلية أو تقريرية •

(٤) رياض الصالحين للنووي ص١٠٨

الغلمان بالحراب في المسجد وسكوته وعدم انكاره على جاريتين صغيرتين كانتا تغنيان غناء حماسيا في يوم العيد .

٢٠٥ - السنة تشريع وغير تشريع :

ليس كل ما صدر عن النبي (ص) يكون تشريعا للامة ، بل منه ما يكون كذلك ومنه ما لا يكون ولهذا فالسنة باعتبارها تشريعا أو غير تشريع تنقسم الى قسمين :

القسم الاول : ما صدر عن النبي (ص) باعتباره نبيا ومبلغا عن الله ، فهذا يعتبر تشريعا للامة بلا خلاف . ومن أمثلة هذا النوع ما ذكرناه من أمثلة للسنة القولية والفعلية والتقريرية . ويلاحظ أن سكوت النبي (ص) يدل على اباحة الفعل دائما ومن ثم فهو تشريع للامة .

القسم الثاني : ما صدر عن النبي (ص) من أقوال وأفعال لا باعتباره نبيا ومبلغا عن الله ولكن باعتباره انسانا أو بمقتضى خبرته في الشؤون الدنيوية ، فهذا النوع لا يعتبر تشريعا للامة ، ويلحق بهذا القسم من جهة عدم اعتباره تشريعا ما كان خاصا بالنبي (ص) . وعلى هذا الاساس يكون هذا القسم أنواعا على النحو التالي :

أولا : ما صدر عنه بمقتضى الطبيعة البشرية كالاكل والشرب والقيام والقعود فهذا لا يكون تشريعا للامة لان هذه الامور تصدر عن الانسان بمقتضى طبيعته البشرية ، ولكن كيفية أكله وشربه وقيامه وقعوده ونومه ، تدخل في دائرة الافعال المستحبة ، فيستحب للمسلم متابعة النبي (ص) في هذه الكيفيات ولا شيء عليه ان لم يتابعه فيها .

ثانيا : ما صدر عنه بمقتضى خبرته وتجاربه في الامور الدنيوية مثل تنظيم الجيوش وتدبير أمور الحرب والتجارة ونحو ذلك فهذا لا يعد تشريعا . ولهذا أمر النبي (ص) الجيش في موقعة بدر بالتحول الى مكان معين أشار به أحد الصحابة بعد أن أراد النبي (ص) أن ينزل في مكان غيره .

ثالثا : ما كان خاصا بالنبي (ص) مثل وصاله في الصوم ، والتزوج بأكثر من أربع زوجات والتهجد بالليل وقبوله شهادة خزيمة وحده . فهذه

الامور خاصة به ولا تتابعه الامة فيها فلا يجوز في حقنا الوصال في الصوم ولا التزوج بأكثر من أربع ولا يجب علينا التهجد في الليل •

٢٠٦ ـ أنواع الاحكام التي جاءت بها السنة :

النوع الاول : أحكام موافقة لاحكام القرآن ومؤكدة لها مثل حديث (لا يحل مال امريء مسلم الا بطيب من نفسه) فانه موافق ومؤكد لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم » • ومثله أيضا ما جاء في السنة من النهي عن عقوق الوالدين وشهادة الزور وقتل النفس بغير حق ونحو ذلك مما ورد في القرآن وجاء مثله في السنة •

النوع الثاني : أحكام مبينة ومفصلة لمجمل القرآن ومن ذلك السنة التي بينت مقادير الزكاة ومقدار المال المسروق الذي تقطع فيه يد السارق •

النوع الثالث : أحكام مقيدة لمطلق الكتاب أو مخصصة لعامه • فمن الاحكام ما يرد في القرآن مطلقا فتقيده السنة أو يأتي عاما فتخصصه السنة فمن الاول قطع يد السارق ـ جاءت مطلقة فقيدتها السنة بالرسغ أي تقطع اليد من الرسغ • ومن الثاني ما ورد عاما مثل تحريم الميتة قال تعالى « حرمت عليكم الميتة » ولكن استثني منها ميتة البحر • قال عليه السلام عن البحر : «هو الطهور ماؤه الحل ميتته» أي أن السنة خصصت الميتة بغير ميتة البحر[١] •

النوع الرابع : أحكام جديدة لم يذكرها القرآن لان السنة مستقلة بتشريع الاحكام ، وانها كالقرآن في ذلك ، وقد ثبت عنه عليه السلام أنه قال : « الا واني أوتيت القرآن ومثله معه » أي أوتيت القرآن وأوتيت مثله ـ أي السنة ـ في وجوب اتباع أحكامها • ومن هذا النوع تحريم الحمر الاهلية وتحريم أكل كل ذي ناب من السباع ، ومخلب من الطير ، وكالحكم بشاهد ويمين ، وجواز الرهن في الحضر ، ووجوب الدية على العاقلة وميراث

---

(١) كما ورد أيضا في السنة حل الجراد الميت فيكون تحريم الميتة الوارد في القرآن مخصص بغير ميتة البحر كأسماكه وحيتانه وميتة الجراد•

الجدة ونحو ذلك [1] .

٢٠٧ – مرتبة السنة في الاحتجاج بها :

لا خلاف في أن السنة مصدر للتشريع كما قدمنا ولكن رتبتها في ذلك تالية لرتبة الكتاب ، بمعنى أن الاحتجاج بالكتاب مقدم على الاحتجاج بالسنة ، وان المجتهد يفتش عن الحكم في الكتاب أولا فان وجده أخذ به وان لم يجده تحول الى السنة ليتعرف على الحكم فيها .

ودل على هذا الترتيب ما روي عن النبي (ص) انه قال لمعاذ : كيف تقضي اذا عرض لك قضاء . قال : أقضي بكتاب الله . قال : فان لم تجد في كتاب الله ؟ قال : فبسنة رسول الله (ص) ... الخ . وما روي عن عمر بن الخطاب انه كتب الى القاضي شريح : « اذا أتاك أمر فاقض بما في كتاب الله فان أتاك ما ليس في كتاب الله فاقض بما سن فيه رسول الله (ص)[2] . ولا يعرف مخالف لهذا .

---

(١) الشوكاني ص٣٢ . ويلاحظ هنا أن بعض أحكام السنة جاءت على شكل قواعد ومبادىء عامة ، كما ذكرنا بالنسبة لاحكام القرآن . ولاشك ان مجيء هذه الاحكام بهذا الشكل هو الملائم لطبيعة الشريعة من كونها عامة باقية لا تضيق بالجديد من الحوادث ، كما ذكرنا في بحثنا عن أحكام القرآن . ومن هذه القواعد والمبادىء التي جاءت بها السنة ما يأتي :

أ – لا ضرر ولا ضرار .
ب – انما الاعمال بالنيات .
ج – ان الله تعالى وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه .
د – المسلمون على شروطهم .
هـ – الولد للفراش .
و – على اليد ما أخذت حتى تؤديه .
ز – البينة على من ادعى واليمين على من أنكر .

(٢) الموافقات للشاطبي ج٤ ص٧ – ٨

الفصل الثاني

المصادر التبعية

المبحث الأول

الاجماع

٢٠٨ ـ الاجماع في اللغة العزم على الشيء والتصميم عليه • وفي اصطلاح الفقهاء وعلماء الاصول اتفاق المجتهدين من الامة الاسلامية في عصر من العصور بعد وفاته على حكم شرعي(١) •

والاجماع مصدر للتشريع ودليل من أدلة الاحكام ، وقد ثبت ذلك بنصوص كثيرة من الكتاب والسنة تعرف في مظانها من كتب اصول الفقه المختلفة •

٢٠٩ ـ مستند الاجماع :

الاجماع لا بد أن يستند الى دليل لان القول في الامور الشرعية من غير دليل خطأ(٢) ، والامة الاسلامية لا تجتمع على خطأ كما جاء في أحاديث كثيرة عن النبي (ص) • فلابد ، اذن ، أن يكون اجماع المجتهدين عن دليل لئلا تجتمع الامة على خطأ ، لان غير المجتهدين تبع للمجتهدين فاذا وقع المجتهدون في الخطأ وقعت الامة في الخطأ وهذا منفي عنها بنص الاحاديث النبوية •

---

(١) أنظر الشوكاني ص٦٣ ، والمستصفى ج١ ص١١٠

(٢) الآمدي ج١ ص٣٧٦

ومستند الاجماع ، أي دليله ، قد يكون نصا من الكتاب والسنة كما قد يكون قياسا أو عرفا أو غير ذلك من أنواع الاجتهاد . فالاجماع على تحريم التزوج بنات الاولاد مهما نزلت درجتهن ، مستند الى نص الكتاب : « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم » واجماع الصحابة على أن ميراث الجدة السدس مستنده سنة الآحاد ، والاجماع على تحريم شحم الخنزير مستنده القياس على تحريم لحمه ، واجماع الصحابة على قتال مانعي الزكاة كان بطريق الاجتهاد[1] .

٢١٠ – أنواع الاجماع :

الاجماع نوعان : صريح وسكوتي :

فالصريح هو أن يتفق جميع المجتهدين على حكم المسألة بصورة صريحة كأن يبدي كل مجتهد رأيه وتكون الآراء متفقة على حكم المسألة .

والسكوتي هو أن يبدي بعض المجتهدين رأيه في مسألة ويعلم به الباقون فيسكتون ولا يصدر عنهم صراحة اعتراف ولا انكار .

٢١١ – امكان الاجماع وهل وقع فعلا :

ادعى البعض أن الاجماع بشروطه المذكورة في التعريف لا يمكن وقوعه لان المجتهدين متفرقون ولا سبيل الى معرفتهم ولا معرفة آرائهم . ثم يقولون ولهذا لم يقع الاجماع فيما مضى .

وقال الأكثرون ان الاجماع بشروطه ممكن الوقوع وقد وقع فعلا فيما مضى . ونحن نرجح التفصيل في المسألة . ففي عصر الخلفاء الراشدين لا سيما في عصر أبي بكر وعمر ، حيث كان المجتهدون معروفين ومستقرهم في المدينة والرجوع اليهم لمعرفة آرائهم ميسور . نقول في هذا العصر وقع الاجماع فعلا وحصلت اجماعات كثيرة منها : اجماعهم على قتال مانعي الزكاة ، وجمع القرآن ، واعطاء الجدة السدس في الميراث ، وعدم قسمة الاراضي المفتوحة على الفاتحين ، وعدم الجمع بين نكاح المرأة وعمتها أو

---

(١) المرجع السابق ، ج١ ص٣٧٩ وما بعدها .

خالتها ونحو ذلك • أما بعد هذا العصر حيث تفرق المجتهدون في الاقطار وكثر عددهم ، فمن العسير القول بوقوع الاجماع ، وأقصى ما يستطاع قوله ان أحكاما اجتهادية اشتهرت ولم يعرف لها مخالف ، ولكن لا يخفى أن عدم معرفة المخالف لا يدل على عدم وجود المخالف •

٢١٢ – أهمية الاجماع في الوقت الحاضر :

الاجماع مصدر فقهي مشهود له بالصحة والاعتبار فيمكن الاستفادة منه في معرفة الاحكام الشرعية للوقائع الجديدة في وقتنا الحاضر • ونعتقد ان هذه الاستفادة لا يمكن أن تتم الا عن طريق ايجاد مجمع فقهي يضم جميع المجتهدين من جميع الاقطار الاسلامية ، ويكون لهذا المجمع مكان معين ويهيء له جميع ما يلزم لعمله ، وتعرض عليه المسائل والوقائع الجديدة لدراستها وايجاد الاحكام لها ، ثم تنشر هذه الاحكام في نشرات دورية أو كتب خاصة لاطلاع الناس عليها وابداء أولي العلم آراءهم فيها • فاذا ما اتفقت الآراء على هذه الاحكام كانت من الاحكام المجمع عليها ، وكان هذا الاجماع قريبا من الاجماع المنصوص عليه عند الفقهاء ولزم اتباعه والعمل بموجبه •

المبحث الثاني

القياس

٢١٣ – القياس في اللغة التقدير والمساواة • وفي اصطلاح العلماء الحاق مسألة لا نص على حكمها بمسألة ورد النص بحكمها في الحكم الذي ورد به النص لتساوي المسألتين في علة الحكم[١] • فهذا الالحاق يسمى قياسا • والمسألة المنصوص على حكمها تسمى المقيس عليه أو الاصل • والحكم الذي ورد به النص في المقيس عليه يسمى حكم الاصل • والمسألة

---

(١) أنظر : التوضيح وشرحه التلويح في اصول الفقه ج٢ ص٥٢ •

التي لم يرد نص بحكمها ويراد الحاقها بالمقيس عليـه تسمى الفرع أو المقيس • والعلة التي من أجلها شرع الحكم تسمى العلة •

فاذا وجدت مسألة ورد النص بحكمها وعرفنا علة الحكم ثم وقعت مسألة لم ينص على حكمها ولكن تشترك مع المسألة الاولى في علة الحكم فان المسألة الثانية تأخذ حكم المسألة الاولى •

٢١٤ ـ أمثلة على القياس :

أولا : حكم شرب الخمر التحريم لورود النص بذلك • وعلة هـذا الحكم الاسكار • فكل نبيذ فيه هذه العلة يكون حكمه التحريم أيضا قياسا على الخمر •

ثانيا : قتل الوارث مورثه ، مسألة ورد النص بحكمها وهـو حرمان القاتل من الميراث وعلة الحكم هو استعجال الوارث الميراث قبل أوانه فعوقب بحرمانه • وقتل الموصى له الموصي مسألة لم يرد النص بحكمها ولكن فيها نفس علة مسألة الوارث مورثه وهي استعجال الشيء قبل أوانه فتأخذ نفس الحكم وهو حرمان الموصي له القاتل من حقه في الوصية كما حرم الوارث القاتل من حقه في الميراث •

فقتل الوارث مورثه هو المقيس عليه أو الاصل • وحرمانه من حقه في الميراث هو حكم الاصل وعلة الحكم هو استعجال الحق قبل أوانه • وقتل الموصى له للموصي هو المقيس أو الفرع وفيه نفس علة الاصل فيأخذ حكمه• فهذه العملية وهي الحاق الموصى له القاتل بالوارث القاتل في الحرمان من الحق ، تسمى هذه العملية بالقياس •

٢١٥ ـ حجية القياس :

ثبتت حجية القياس بأدلة كثيرة منها نصوص الكتاب والسنة والاجماع وعمل السلف بالقياس عند عدم وجود النص دون انكار[١] •

---

(١) أدلة القياس مبسوطة في كتب اصول الفقه ولم نر ذكرها هنا لاننا نريد الايجاز لا الاسهاب في بحث مصادر الفقه •

المبحث الثالث

الاستحسان

٢١٥ ـ الاستحسان في اللغة عد الشيء حسنا • وفي اصطلاح العلماء هو العدول عن قياس جلي الى قياس خفي أو استثناء مسألة جزئية من أصل كلي أو قاعدة عامة لدليل يقتضي هذا العدول •

ومن هذا التعريف يتبين لنا أنه نوعان : (الاول) ترجيح قياس خفي على قياس جلي • (الثاني) استثناء مسألة جزئية من أصل كلي أو قاعدة عامة •

٢١٧ ـ النوع الاول ـ ترجيح قياس خفي على قياس جلي :

قد يتجاذب المسألة قياسان : (الاول) قياس ظاهر متبادر الى الذهن ، (الثاني) قياس دقيق غير متبادر الى الذهن ولكنه أقوى من الاول ويظهر عند التأمل في المسألة فيميل المجتهد اليه ويأخذ بمقتضاه ويترك القياس الاول الجلي • ومثاله : بيع الاراضي الزراعية دون النص في عقد البيع على حقوق ارتفاقها كحق الشرب والمسيل والمرور • فهذه الحقوق لا تدخل تبعا مع المبيع عند الحنفية • فاذا وقف شخص أرضا زراعية ولم يذكر حقوق ارتفاقها صراحة فانها لا تدخل في الوقف قياسا على البيع كما يقضي به القياس الجلي لان كلا من البيع والوقف اخراج المال عن مالكه • ولكن عند التأمل في المسألة يظهر لنا أن قياسها بالاجارة أولى لان الموقوف عليه لا يتملك الموقوف وانما يتملك منفعته فقط كما أن المستأجر لا يتملك المأجور وانما يتملك منفعته فقط ومقتضى هذا القياس الخفي دخول حقوق الارتفاق تبعا في الوقف ولو لم ينص عليها في الوقف قياسا على دخولها في الاجارة من غير ذكر لها لان منفعة الموقوف لا يمكن تحصيلها من الارض الموقوفة بدون حقوقها الارتفاقية ، كما هو الحال في اجارتها •

٢١٨ ـ النوع الثاني ـ استثناء جزئية من أصل أو قاعدة عامة :

قد تقتضي القاعدة العامة حكما كليا ينطبق على جميع جزئيات القاعدة

ولكن يظهر للمجتهد دليل يقتضي استثناء مسألة معينة من هذا الحكم الكلي ، فتنفرد تلك المسألة بحكم خاص • ودليل الاستثناء قد يكون نصا أو مصلحة أو عرفا أو غير ذلك • ونورد فيما يلي بعض الامثلة :

أولا : القاعدة العامة تقتضي بأن بيع ما ليس عند الانسان باطل لانه بيع معدوم • ولكن السلم – وهو بيع معدوم – استثنى من البطلان لورود النص بجوازه وهو ما روي عن النبي (ص) أن قال : « من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم » • والحق أن دليل جواز السلم هو السنة ، ولكن الحنفية اصطلحوا على القول بأن السلم جاز استحسانا ، ثم يقولون : ووجه الاستحسان هو السنة • فهذا اصطلاحهم ولا مشاحة في الاصطلاحات •

ثانيا : الاصل العام أن المحجور عليه لسفه لا تصح منه التبرعات ومنها الوقف • ولكن استثنى من هذا الاصل جواز وقفه على نفسه للمصلحة استحسانا • ووجه الاستحسان هو حفظ ماله وعدم صيرورته عالة على غيره •

ثالثا : الاصل العام في الوقف التأبيد • ومقتضى هذا الاصل عدم صحة وقف المنقول لانه غير قابل للتأبيد بطبيعته ، ولكن استثنى بعض العلماء وقف المنقول اذا جرى به العرف استحسانا كوقف الكتب ونحوها •

٢١٩ – حجية الاستحسان :

الاستحسان مصدر من مصادر الفقه المعتبرة لانه ليس الا أخذا بقياس أو بدليل آخر ، كما تبين مما قلناه • أما من أنكره من العلماء كالشافعي فانه أراد بالاستحسان اتباع الهوى وتشريع الاحكام بغير دليل ، وهذا لا يجوز • ولهذا سلم به أصحابه بعد أن تبين لهم مراد القائلين به •



المصالح المرسلة

٢٢٠ – تمهيد :

المقصود بتشريع الاحكام تحقيق المصالح للناس بجلب المنافع لهم ودرء

المفاسد عنهم . ومصالح الناس ثلاثة أنواع من حيث اعتبار الشارع لها :

النوع الاول : مصالح اعتبرها الشارع وشرع الاحكام لتحقيقها مثل مصلحة حفظ النفس فقد شرع لها القصاص ، ومصلحة حفظ المال شرع لها عقوبة قطع يد السارق ، ومصلحة حفظ العقل شرع لها عقوبة شرب الخمر .

النوع الثاني : مصالح ألغاها الشارع ولم يعتبرها لانها تفوت مصلحة أكبر ، ومثال هذا النوع الاستسلام للعدو لم يعتبره الشارع وان كان فيه مصلحة حفظ نفوس المحاربين ، لان رعاية هذه المصلحة يفوت مصلحة أعظم هي حفظ البلاد من استعمار العدو لها واهدار كرامة أبنائها ، ولهذا شرع القتال وأوجب مدافعة العدو وصده .

النوع الثالث : مصالح لم يقم دليل من الشارع على اعتبارها أو الغائها وهذه هي المصالح المرسلة أي المصالح المطلقة عن دليل اعتبارها أو الغائها .

٢٢١ - تعريف المصالح المرسلة :

فالمصالح المرسلة اذن هي المصالح التي لم يشرع الشارع أحكاما لتحقيقها ولم يقم دليل معين على اعتبارها أو الغائها .

فهل يجوز تشريع الحكم لتحقيق مثل هذا النوع من المصالح ؟ قال جمهور العلماء بالايجاب . فكل واقعة ليس فيها نص ولا اجماع ولا قياس ولا استحسان وفيها مصلحة للناس ، يجوز للمجتهد ايجاد الحكم المناسب لتحقيق هذه المصلحة للناس .

ومثال الاحكام التي شرعت بناء على المصلحة : جمع القرآن في مصحف واحد من قبل أبي بكر . وتدوين الدواوين من قبل عمر واتخاذ الصحابة السجون وقتل الجماعة بالواحد وتضمين الصناع ما يهلك بأيديهم من أموال الناس وحق ولي الامر في فرض الضرائب على الاغنياء عند الضرورة ونحو ذلك .

٢٢٢ ـ حجية المصالح المرسلة :

المصالح المرسلة : مصدر فقهي دل على اعتباره استقراء نصوص الشريعة وأحكامها في الكتاب والسنة ، وعمل فقهاء الصحابة . وهذا المصدر يتسع للاحداث الجديدة والوقائع المتطورة ويجعل الفقه مرنا ناميا لا يقف عند حد ولا يتحجر أو يضيق أمام أي مصلحة حقيقية لم يأت الشارع بحكم لها . وقد أخذ الفقهاء بهذا المصدر واستنبطوا الاحكام منه ، وان كان منهم المقل ومنهم المكثر ومنهم بين بين . ومن الاحكام الحاضرة التي يمكن أن نجد لها سندا من المصالح المرسلة مسألة عدم انتقال ملكية العقار ما لم يسجل بدوائر الطابو .

المبحث الخامس

سد الذرائع

٢٢٣ ـ الذرائع معناها الوسائل . فاذا كانت الوسائل مفضية الى الحرام والفساد كانت هذه الوسائل محرمة ووجب سدها ومنعها حسما لمادة وسائل الفساد . وان كانت هذه الوسائل تؤدي الى أمر مطلوب في الشرع كانت هذه الوسائل مطلوبة أيضا . فالذرائع تسد وتمنع اذا كانت تفضي الى الفساد ، وتجب وتفتح اذا كانت تفضي الى المصالح[١] . ولكن أكثر ما يطلق اسم الذرائع على الافعال والطرق المؤدية الى الشر والفساد ولهذا اذا قيل سد الذرائع فيراد بها سد الطرق ومنع الافعال المؤدية الى الشر والفساد.

٢٢٤ ـ والفعل يكون وسيلة الى الفساد فيمنع بغض النظر عن قصد صاحبه . لان المنظور اليه في هذا الباب مآلات الافعال أي ما تؤدي اليه فان كان المآل فسادا كان الفعل المؤدي اليه ممنوعا سدا لذريعة الفساد وان لم يقصد الفاعل بفعله الفساد .

---

(١) الفروق للقرافي ج٢ ص٣٢ ـ ٣٣

٢٤٥ - حجية هذا الاصل :

وأصل سد الذرائع مشهود له بالصحة بدلائل الكتاب والسنة وعمل الصحابة فمن الكتاب : قوله تعالى : « ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله عدوا بغير علم »[١] . وقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تقولوا راعنا وقولوا انظرنا واسمعوا »[٢] . نهى الله المسلمين من استعمال كلمة (راعنا) لان اليهود كانوا يريدون بها شتم النبي (ص) ولا يريدون معناها اللغوي المعروف ، فجاء النهي عنها سدا لذريعة الفساد .

ومن السنة نهي النبي (ص) عن الاحتكار سدا لذريعة التضيق على الناس . ونهي النبي (ص) الدائن عن قبول الهدايا من مدينه سدا لذريعة الربا .

وقد عمل فقهاء الصحابة بهذا الاصل فورثوا المطلقة بائنا اذا طلقها زوجها في مرض الموت سدا لذريعة حرمانها من الميراث[٣] .

فسد الذرائع أصل معتبر ومصدر فقهي تستقى منه الاحكام وقد أخذ به الأئمة المجتهدون وكان أكثرهم أخذا بهذا المصدر الامام مالك والامام أحمد بن حنبل .

المبحث السادس

العرف

٢٢٥ - العرف ما اعتاده الناس وساروا عليه في أمور حياتهم ومعاملاتهم من قول أو فعل أو ترك . ويسمى أيضا بالعادة على رأي كثير من الفقهاء . وبعضهم يجعل العادة ، وهي الامر المتكرر ، أعم من العرف فكل عرف عادة وليس كل عادة عرفا ، وبعضهم يجعل العرف هو الاعم[٤] . والذي نختاره

(١) سورة الانعام ، الاية ١٠٨

(٢) سورة البقرة ، الاية ١٠٤

(٣) تاريخ التشريع الاسلامي للخضري ص١١٨

(٤) العرف والعادة للاستاذ أحمد فهمي أبو سنة ص٨ - ١١ . واصول الفقه للشيخ عبدالوهاب خلاف ص٩٧ - ٩٨

أن العرف والعادة سواء فهما اسمان لما ألفه الناس واعتادوه وساروا عليه في حياتهم وهذا هو الذي يدل عليه كلام الفقهاء .

٢٢٧ - أنواعـــه :

أولا : ينقسم العرف الى عرف قولي ، وعرف عملي .

فالعرف القولي مثل تعارف الناس اطلاق كلمة الولد على الذكر دون الانثى مع انها في اللغة تطلق على الاثنين ، وبهذا المعنى جاءت في القـرآن الكريم في قوله تعالى : « ولكم نصف ما ترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد » وقوله تعالى : « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين » .

ومن العرف العملي تعارف الناس البيع بالتعاطي دون استعمال الصيغة اللفظية في البيع .

ثانيا : وينقسم العرف من جهة عمومه الى عرف عام وعرف خاص .

فالعرف العام ما يتعارفه الناس في جميـع البـلاد في وقت من الاوقات كتعارفهم دخول الحمامات من غير تعيين مدة المكث فيها ولا تعيين مقدار الماء المســتهلك .

والعرف الخاص هو ما يتعارفه أهل بعض البلاد كتعارف أهل العراق على تعجيل قسم من المهر وتأجيل البـاقي الى أقرب الاجلـين : المـوت أو أو الطلاق . وما يتعارفه أهل طائفة دون غيرها من الطوائف كتعارف التجار على اثبات ديونهم على من يتعامل معهم في دفاترهم الخاصة من غير اشهاد . وكتعارف أصحاب البساتين في بعض جهات لواء ديالى على اعطاء عـلاوة للمشتري زيادة على مقدار المبيع .

ثالثا : وينقسم العرف من جهة صحته وفساده الى قسمين : صحيح ، وفاســد .

والعرف الصحيح هو ما لا يخالف نصا من نصوص الشريعة ولا قاعدة من قواعدها وان لم يرد به نص خاص .

والعرف الفاسد هو ما يخالف أحكام الشريعة وقواعدها الثابتة كتعارف

الناس على كثير من المنكرات مثل التعامل بالربا وشرب الخمر وتعاطي القمار ونحو ذلك •

٢٢٨ ـ العرف المعتبر :

لا خلاف بين الفقهاء أن العرف الفاسد لا اعتبار له ، لان العرف الفاسد اتباع للهوى والاخذ بالهوى يفسد الشريعة • قال تعالى : « ولو اتبع الحق أهوائهم لفسدت السموات والارض ومن فيهن » •

والعرف الصحيح لا خلاف في اعتباره والاعتداد به ، فالفقهاء من مختلف المذاهب يعتدون به ويلاحظونه في الاستنباط وعند تطبيق الاحكام وعند تفسير نصوص عقود الناس •

وأساس اعتبار العرف يرجع الى رعاية مصالح الناس ورفع الحرج عنهم ، وقد راعته الشريعة في أحكامها ، فالاسلام أقر ما كان عند العرب في الجاهلية من عادات صحيحة كفرض الدية على العاقلة ، واقرار بعض المعاملات كالمضاربة والشركة ونحو ذلك • وقد استدل بعض العلماء على حجية العرف بما روي عن النبي (ص) ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن[١] • وعلى كل حال فهو حجة شرعية ومصدر فقهي تستقى منه الاحكام وعلى المجتهد والمفتي والقاضي ملاحظته • وقد ذكرنا بعض القواعد الفقهية الدالة على اعتبار العرف •

٢٢٩ ـ تغير الاحكام بتغير العرف :

الاحكام المبنية على العرف والعادة تتغير اذا تغيرت الاعراف والعادات ، كما بينا هذا من قبل • ولهذا نجد بعض الاختلافات بين الفقهاء من المذهب الواحد مردها تغير العرف • ويقول الفقهاء عن مثل هذا الاختلاف : انه اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان • والشافعي عندما نزل بمصر بعد تركه العراق غير بعض آرائه في المسائل التي يختلف فيها عرف أهل مصر عن عرف أهل العراق • ونختم هذا الكلام بكلمة قيمة جامعة

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ج٥ ص٢٢٣

للامام القرافي توضح هذا المعنى قال رحمه الله « الاحكام المترتبة على العادات تدور معها اينما دارت وتبطل معها اذا بطلت ... وبهذا القانون تعتبر جميع الاحكام الشرعية المترتبة على العوائد – وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء – »[1] .

المبحث السابع

مذهب الصحابي

٢٣٠ – تمهيد :

الصحابي عند الجمهور من علماء الاصول من شاهد النبي (ص) وآمن به ولازمه مدة تكفي لاطلاق كلمة الصاحب عليه عرفا ، مثل الخلفاء الراشدين وعبدالله بن مسعود وعبدالله بن عباس وغيرهم ممن آمن بالنبي (ص) ونصره وسمع منه واهتدى بهديه .

وبعد وفاة النبي (ص) قام أصحابه الكرام – ممن عرفوا بالعلم والفقه – بالافتاء والقضاء بين الناس وقد نقلت الينا فتاواهم وأقضيتهم فهل تعتبر هذه الفتاوى والاقضية من مصادر الفقه يلتزم بها المجتهد ولا يتعداها اذا لم يجد للمسألة حكما في الكتاب ولا في السنة ولا في الاجماع ؟

٢٣١ – تحرير محل اختلاف العلماء :

ولاجل تحرير محل اختلاف العلماء في حجية قول الصحابي نفصل المسألة على النحو الآتي :

أولا : لا خلاف في أن قول الصحابي فيما لا يدرك بالرأي حجة ومصدر للفقه لان هذا القول منه محمول على السماع من النبي (ص) فيكون من قبيل السنة . والسنة مصدر للتشريع . .

ثانيا : لا خلاف في أن قول الصحابي الذي حصل عليه الاتفاق حجة أيضا ، ومصدر للتشريع ، لان الاجماع من المصادر التشريعية كما قلنا .

---

(١) الفروق للقرافي ج١ ص١٧٦ وما بعدها .

أما قول الصحابي الذي لم يعرف له مخالف فهو من قبيل الاجماع السكوتي وهو حجة أيضا عند القائلين به •

ثالثا : لا خلاف في أن قول الصحابي لا يعتبر حجة ملزمة على صحابي مثله فقد رأينا الصحابة يختلفون فيما بينهم ولم يلزم أحدهم الآخر بما ذهب اليه •

رابعا : قول الصحابي الصادر عن رأي واجتهاد • فهذا هو الذي حصل فيه اختلاف ، من جهة اعتباره ملزما لمن جاء بعد الصحابة •

٢٣٢ ـ ذهب البعض الى أن قول الصحابي حجة يجب اتباعها وللمجتهد أن يتخير من أقوال الصحابة ما يراه أقرب الى الكتاب والسنة • وذهب البعض الآخر الى أن قوله ليس بحجة وللمجتهد أن يخالف جميع أقوال الصحابة • احتج الالون بأن احتمال الصواب فيما اجتهد فيه الصحابي أكثر جدا من احتماله بالنسبة لغير الصحابي، لان الصحابة شاهدوا التنزيل ووقفوا على أسرار التشريع ولازموا النبي (ص) ملازمة طويلة أكسبتهم ذوقا فقهيا ، وكانت عندهم معرفة واسعة بالكتاب وبأسرار اللغة العربية وكل هذا يجعل لآرائهم منزلة أكبر من آراء غيرهم ويجعل اجتهادهم أقرب للصواب من اجتهاد غيرهم •

واحتج الآخرون بأننا ملزمون باتباع الكتاب والسنة وما أرشدت اليه من مصادر وليس قول الصحابي واحدا من هذه المصادر ، وبأن الاجتهاد بالرأي معرض للخطأ لا فرق بين صحابي وغيره وان كان احتمال الخطأ بالنسبة للصحابي أقل •

والذي نميل اليه أن قول الصحابي ليس بحجة ملزمة ولكن نرجح الاخذ به حيث لا حكم للمسألة في الكتاب ولا في السنة ولا في الاجماع ومصادر الفقه الاخرى ، على وجه الترجيح لا الالزام[1] •

---

(١) راجع في هذا المبحث : اعلام الموقعين لابن القيم ، والمستصفى للغزالي ، وارشاد الفحول للشوكاني •

المبحث الثامن

شرع من قبلنا

٢٣٣ – المقصود بشرع من قبلنا : الاحكام التي شرعها الله تعالى لمن سبقنا من الامم وأنزلها على أنبيائه ورسله لتبليغها لتلك الامم .

٢٣٤ – وقد اختلف العلماء في تلك الاحكام هل انها تلزمنا وتكون جزء من شريعتنا أم لا ؟

وقبل ذكر أقوالهم لا بد من تحرير محل الاختلاف ، لان شرع من قبلنا أنواع ، وبعض هذه الانواع متفق عليها ، وبعضها هو محل الاختلاف ، فلا بد من ذكر هذه الانواع وبيان ما اختلف فيه من هذه الانواع فنقول :

النوع الاول : أحكام لم يرد لها ذكر في كتابنا ولا في سنة نبينا (ص). وهذا النوع لا يكون شرعا لنا بلا خلاف بين العلماء .

النوع الثاني : أحكام قصها القرآن أو السنة وقام الدليل من شريعتنا على انها منسوخة في حقنا أي أنها خاصة بالامم السابقة . فهذا النوع لايكون شرعا لنا بلا خلاف بين العلماء .

النوع الثالث : أحكام جاءت في القرآن أو في السنة وقام الدليل من شريعتنا بأن هذه الاحكام مفروضة علينا كما كانت مفروضة على غيرنا من الامم السابقة . وهذا النوع لا خلاف في أنه شرع لنا وان مصدر شرعيته لنا نفس أحكام شريعتنا .

النوع الرابع : أحكام جاءت بها نصوص الكتاب أو السنة ولم يقم دليل من سياق هذه النصوص على بقاء الحكم أو عدم بقائه بالنسبة لنا . مثل قوله تعالى : « وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس ، والعين بالعين ، والاذن بالاذن ، والسن بالسن ، والجروح قصاص » فهل يعتبر هذا النوع شرعا لنا أم لا ؟ هذا هو محل الخلاف بين العلماء .

٢٣٥ – فذهب بعضهم كالحنفية وغيرهم الى أنه شرع لنا . وذهب

البعض الآخر الى أنه ليس بشرع لنا • واستدل كل فريق بما يؤيد ما ذهب اليه في نظره[1] •

والراجح أن شرع من قبلنا ليس شرعا لنا ، قال تعالى : « لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا » •

ومع هذا ، فان هذا الخلاف غير مهم لانه لا يترتب عليه اختلاف في العمل فما من حكم من احكام الشرائع السابقة الذي قصه الله أو رسوله علينا الا وفي شريعتنا ما يدل على نسخه أو بقائه في حقنا ، سواء جاء دليل النسخ أو الابقاء في سياق النص الذي حكى لنا حكم الشرائع السابقة أو جاء ذلك الدليل في مكان آخر من نصوص الكتاب والسنة • فالآية التي ذكرناها وهي : « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ••• الخ » لا خلاف بين العلماء ان أحكامها ثابتة في حقنا وانها جزء من شريعتنا[2] • فهي معمول بها من قبل القائلين : أن شرع من قبلنا شرع لنا والمخالفين لهم في ذلك ، فالاولون كحتجون بها وفقا لمذهبهم ، والآخرون يحتجون بها لان الدلائل من شريعتنا قامت على انها شرع لنا • فمن هذه الدلائل :

أولا : قوله تعالى : « كتب عليكم القصاص في القتلى » وقوله تعالى : « ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف في القتل » •

---

(١) أنظر المستصفى ص١٣٢ وما بعدها • والامدي ج٤ ص١٨٦ وما بعدها •

(٢) قال الامام الشافعي في كتابه أحكام القرآن ج١ ص٢٨٠ ـ ٢٨١: ذكر الله تعالى ما فرض على أهل التوراة فقال : « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين •• الخ » ولم أعلم خلافا في أن القصاص في هذه الامة كما حكى الله عزوجل انه حكم به بين أهل التوراة • ولم أعلم خلافا في أن القصاص بين الحرين المسلمين في النفس وما دونها في الجراح التي يستطاع فيها القصاص بلا تلف يخاف على المستقاد منه من مواضع القود » •

وأنظر أيضا في تفسير ابن كثير ج٢ ص٦٢ ، فقد حكى الاجماع أيضا على العمل بموجب هذه الاية •

وفي المغني لابن قدامة ج٧ ص٧٠٢ ـ ٧٠٣ : وأجمع المسلمون على جريان القصاص فيما دون النفس اذا أمكن •

وفي السنة : « والعمد قود الا أن يعفو ولي القتيل » وقوله عليه السلام أيضا : « من قتل له قتيل فهو بخير النظرين : اما أن يفتدي واما أن يقتل » . وفي حديث آخر : « لا يحل دم امريء مسلم ... الا باحدى ثلاث : الثيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة ».فهذه الآيات والاحاديث تدل بصراحة على وجوب القصاص في القتل . والقصاص في القتل هو بعض ما جاءت به الآية : « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ... الخ »[1] .

ثانيا : أ ـ قضى النبي (ص) بالقصاص في الجروح[2] .

ب ـ وفي قصة الربيع بنت النضر ، طلب أولياء المجني عليها من النبي (ص) القصاص منها في سن كسرتها لجارية فأجابهم النبي (ص) الى طلبهم وقال : كتاب الله القصاص . أي يقضي بالقصاص . ولكن عفا أهل الجارية فلم يجر القصاص[3] .

ج ـ وعن النبي (ص) انه قال : « من أصيب بدم أو خبل ـ والخبل الجراح ـ ، فهو بالخيار بين احدى ثلاث : اما أن يقتص أو يأخذ العقل ـ أي الضمان المالي ، وهو الدية ـ أو يعفو »[4] .

د ـ قوله تعالى : « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » . قال العلماء ، هذه الآية يندرج فيها وجوب القصاص المذكور في آية : « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس .. الخ » فيدخل فيها العين بالعين والانف بالانف والاذن بالاذن والسن بالسن وغيرها[5] .

فهذه الآية ، والاحاديث التي ذكرناها كلها تدل على ان أحكام الآية

---

(١) نيل الاوطار ج٧ ص٥ ـ ٧ ، المغنى ج٧ ص٦٣٩ ، ٦٤٧

(٢) كتاب أقضية رسول (ص) تأليف الشيخ الامام عبدالله محمد بن فرج المالكي ص١٢ .

(٣) المرجع السابق ص١٣

(٤) نيل الاوطار ج٧ ص٧

(٥) الآمدي في كتابه الاحكام في اصول الاحكام ج٤ ص١٩٩ ، والمستصفى للغزالي ج١ ص١٣٤ ـ ١٣٥ .

التي نحن بصددها (وكتبنا عليهم فيها .. الخ) تعتبر جزء من شريعتنا فهي شرع لنا بالادلة الثابتة في شريعتنا لا بمجرد انها شرعت للامم السابقة .

المبحث التاسع

الاستصحاب

٢٣٦ ـ الاستصحاب في اللغة المصاحبة أو استمرار الصحبة . وفي اصطلاح العلماء الحكم ببقاء الشيء على ما كان عليه في الماضي حتى يقوم الدليل على تغيره . أو هو بقاء الحكم الثابت في الماضي حتى يقوم الدليل على تغيره .

فاذا ثبت أن فلانا زوج فلانة فانه يحكم بقيام الزوجية بينهما حتى يقوم الدليل على زوالها . واذا ثبت الملك لانسان في عين ، يستمر له هذا الملك حتى يقوم الدليل على انتقاله الى غيره . واذا ثبت أن فلانا مدين لآخر فان ذمة المدين تبقى مشغولة بالدين حتى يثبت فراغها منه بالاداء أو بالابراء .

٢٣٧ ـ وقد بني على الاستصحاب بعض المبادىء أو القواعد الشرعية ، فمن ذلك :

أ ـ الاصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره . وعلى هذا فمن ثبتت حياته لا يحكم بوفاته حتى تثبت الوفاة بالدليل . وعلى هذا الاصل بنيت أحكام المفقود في الفقه .

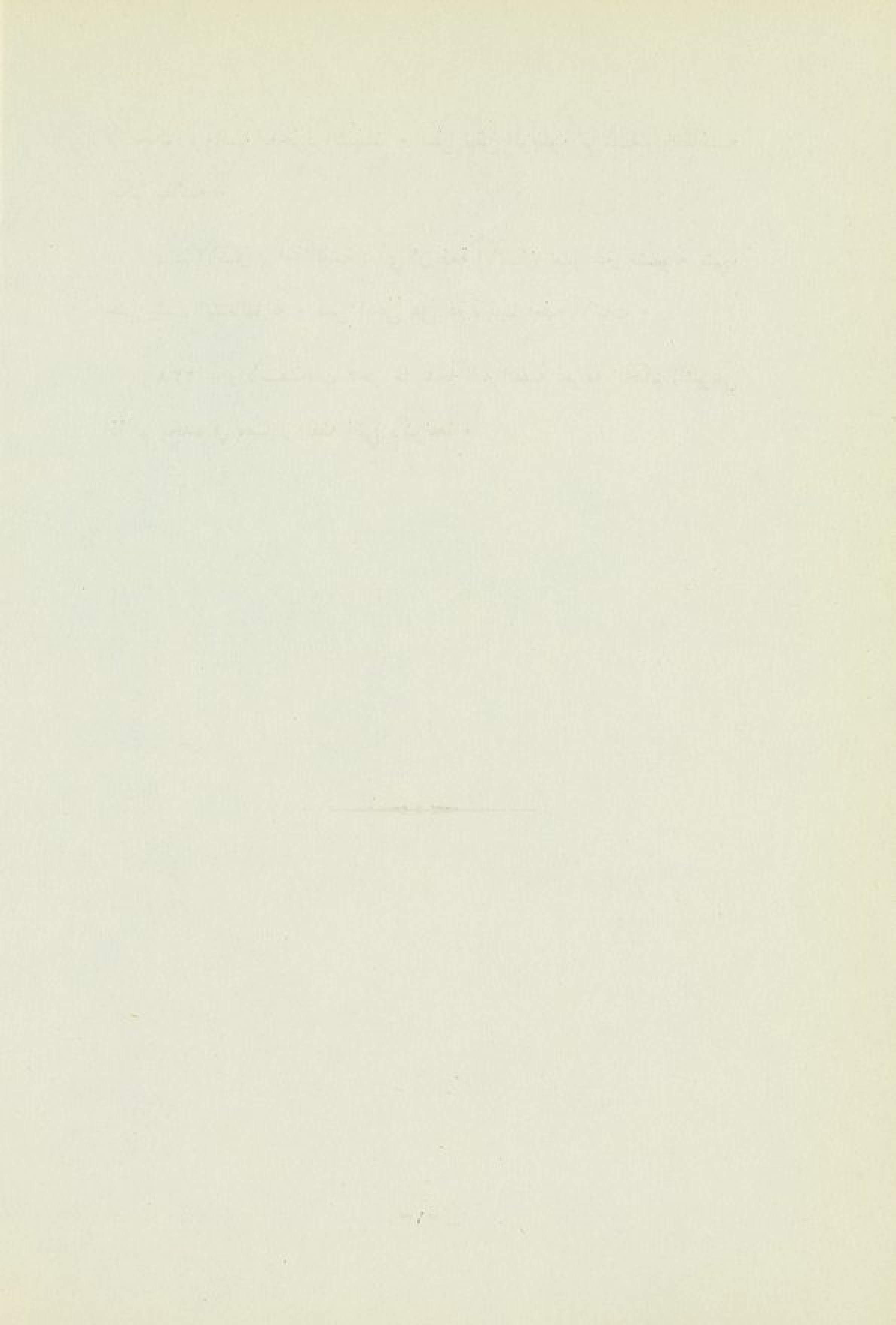
ب ـ الاصل في الاشياء الاباحة . فكل عقد أو تصرف أو حيوان أو نبات أو طعام لا يعرف حكمه لا في الكتاب ولا في السنة ولا في المصادر الاخرى ، فانه يحكم بجوازه واباحته استصحابا لهذا الاصل أي استصحابا للحكم الاصلي للاشياء وهو الاباحة .

ج ـ اليقين لا يزول بالشك : فالشيء الثابت وجوده على وجه اليقين

لا يحكم بزوالـه بمجرد الشـك • فمن تيقن الوضوء ثم شـك بانتقاضـه حكم ببقائـه •

د ـ الاصل براءة الذمة : أي ان ذمة الانسان تعتبر غير مشغولة بشيء حتى يثبت انشغالها به • فمن ادعى على غيره دينا فعليه الاثبات •

٢٣٨ ـ والاستصحاب آخر ما يلجأ اليه الفقيه لمعرفة الحكم الشرعي اذا لم يجده في مصادر الفقه التي ذكرناها •



القِسْمُ الثّاني

دراسة بعض النظم القانونية في الفقه الاسلامي

الباب الأول

نظام الملكية

الفصل الأول

المال وأقسامه

تمهيد :

الملكية ترد غالبا على المال فكان من المستحسن تعريف المال وبيان أنواعه قبل الكلام عن الملك وعلاقة المال به .

٢٣٩ ـ تعريف المال:

عرفه بعض الفقهاء بأنه ما يميل اليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة[١] .

ويرد على هذا التعريف اعتراضان : (الاول) ان من الاشياء ما تعافه النفس ولا يميل اليه طبع الانسان ومع هذا فهو مال مثل السموم والادوية المرة . (الثاني) ان من الاشياء ما لا يمكن ادخاره على نحو تبقى معه منفعته كما هي ومع هذا فهو من الاموال قطعا كالخضروات ونحوها .

وعرفه آخرون بأنه اسم لغير الآدمي خلق لمصالح الآدمي ويمكن احرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار[٢] .

والتعريف المختار ما قاله البعض من أن المال كل ما يمكن حيازته

---

(١) رد المحتار شرح الدر المختار للامام الفقيه ابن عادين ج٤ ص٠٣

(٢) تاريخ التشريع الاسلامي ومصادره لاستاذنا محمد سلام مدكور ص٢٧٥ هامش(٢) .

والانتفاع به على وجه معتاد[1] • فهذا التعريف يدل على أن مالية الشيء تتحقق اذا توافر فيه أمران : (الاول) امكان حيازته و (الثاني) امكان الانتفاع به •

٢٤٠ – ويترتب على هذا التعريف المختار ما يأتي :

أ – ما نحوزه وننتفع به فعلا يعد من الاموال كالدور والاراضي والسيارات والنقود والثياب والحيوانات ونحو ذلك •

ب – ما لا نحوزه فعلا ولكن نتمكن من حيازته يعد مالا أيضا لان الحيازة الفعلية ليست بشرط لثبوت مالية الشيء وانما الشرط امكان الحيازة فقط ما دام الشيء يمكن الانتفاع به ، وعلى هذا يعتبر مالا السمك في الماء والطير في الهواء والحيوان في الفلاة والمعدن في باطن الارض •

ج – مالا تمكن حيازته لا يعتبر مالا وان كنا ننتفع به فعلا مثل ضوء الشمس ونور القمر •

د – مالا يمكن الانتفاع به على وجه معتاد لا يسمى مالا وان حيز بالفعل كقطرة ماء أو حبة رز • والانتفاع المعتاد هو الانتفاع الذي جرت به عادة الناس ويلائم طبيعة الشيء ويحقق المنفعة التي خلق من أجلها ، فالرز مثلا منفعته أن يكون غذاء والحبة منه لا تحقق هذا الغرض وما جرى انتفاع الناس به على هذا النحو ، فلا تكون مالا •

هـ – ما منع الشارع الانتفاع به منعا عاما يسري في حق الناس جميعا ، لا يعتبر مالا وان حازه الانسان وانتفع به فعلا كأن استعمله في بعض حاجاته كالميتة حتف أنفها فلا يعد شيء من لحمها أو شحمها مالا • أما صوفها وشعرها ووبرها وجلدها ، فتعتبر من الاموال بعد تطهيرها ودبغها • وانما كان الحكم ما ذكرناه لان كون الشيء ينتفع به أو لا ينتفع به حكم شرعي فاذا أباح الشارع الانتفاع بشيء ثبتت ماليته وصار مالا في نظر الشارع وما لم يبح الانتفاع به لا يكون مالا • واذا كان الانتفاع بالشيء جائزا في حق البعض

---

(١) مذكرات في المعاملات الشرعية لاستاذنا علي الخفيف ص٢

دون البعض الآخر صار هذا الشيء مالا ، ولهذا تعتبر الخمر مالا لانتفاع الذميين بها ونهي الشرع للمسلمين من التعرض لهم بشأنها وكذا الخنزير •

٢٤١ – الحقوق والمنافع :

لا خلاف في أن الاشياء المادية التي يمكن احرازها والانتفاع بها تعتبر مالا على النحو الذي بيناه • ولكن هل تعتبر مالا الحقوق[1] مثل حق الشرب (من حقوق الارتفاق) وحق الحضانة ونحوها ؟ لا خلاف في أن الحقوق التي لا علاقة لها بالمال كالحضانة لا تعتبر مالا • أما الحقوق المتعلقة بالمال كحق الشرب وحق المرور ، فهي لا تعتبر مالا عند الحنفية ومن وافقهم ، وتعتبر مالا عند غيرهم[2] • وكذلك المنافع كسكنى الدار ولبس الثياب واستعمال السيارة وركوب الدابة ونحو ذلك ، فهي أموال عند

---

(١) الحق في اللغة يطلق ويراد به الثبوت والوجوب ومنه قوله تعالى : (لقد حق القول على أكثر فهم لا يؤمنون) ويطلق ويراد به الامر الثابت الموجود ومنه قوله تعالى : (... قد وجدنا ما وعدنا ربنا حقا ، فهل وجدتم ما وعدكم ربكم حقا ؟ قالوا نعم) • وفي استعمال الفقهاء يراد بالحق : كل مصلحة مختصة بصاحبها باقرار الشارع واعترافه سواء أكانت تلك المصلحة تتحقق بها منفعة مادية أو أدبية وسواء أكانت تلك المنفعة متعلقة بالمال كحق الملكية وحق النفقة أم متصلة بالنفس كحق الحضانة أم متعلقة بالنظام وشؤون الجماعة كالامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، أم متعلقة بالمحافظة على الدين ونشره كالجهاد • فالحق في الشريعة لا يكون حقا الا اذا أقره الشارع وحكم بوجوده واعترف له بالحماية ، ولهذا فان مصادر الحقوق في الشريعة هي الشريعة نفسها ، ولا يوجد حق شرعي الا وله دليل يدل عليه من كتاب أو سنة أو اجماع أو قياس أو استحسان .. الخ : المدخل للفقه الاسلامي للاستاذ محمد سلام مدكور ص٤١١ وما بعدها ، والمدخل لدراسة الفقه الاسلامي للاستاذ محمد مصطفى شلبي ص ١٦٥ •

(٢) الوجيز للغزالي ص١٨٠ ، المغني ج٥ ص٥١٨ ، المدخل لدراسة الفقه الاسلامي للاستاذ محمد مصطفى شلبي ص١٦٥ – ١٦٦ • ويلاحظ هنا أن الحنفية يرون جريان الارث بحقوق الارتفاق وبيعها تبعا للارض ومعنى هذا انها تقوم بمال وان كانت في ذاتها ليست مالا : البدائع للكاساني ج٦ ص١٨٩ ، ١٩٠ • أحكام التركات والمواريث لاستاذنا أبو زهرة ص٤٧ وما بعدها •

الجمهور وليست مالا عند الحنفية[1] .

٢٤٢ - استدل الحنفية على عدم مالية المنافع بأن المال ما يمكن احرازه وحيازته وادخاره لوقت الحاجة ، والمنافع لا تقبل الحيازة والادخار لانها اعراض لا تبقى زمانين ، بل تحدث آنا بعد آن فلا يمكن احرازها وبالتالي لا تكون مالا ، فهي قبل أن تحدث معدومة والمعدوم ليس بمال ، وبعد حدوثها لا يمكن احرازها وما لا يمكن احرازه لا يسمى مالا . وهي وان لم تكن مالا بذاتها الا أنها تصير مالا بالعقد ، كالاجارة ، استحسانا ، لورود النص بذلك وجريان العرف به[2] .

واحتج غير الحنفية بأن المال مخلوق لصالح الآدمي ، والمنافع كذلك ، وبأن حيازة المنافع ممكنة بحيازة أصلها ومحلها ، وبأن الاعيان انما تصير مالا باعتبار الانتفاع بها لان الانتفاع بها هو المقصود فمالا ينتفع به لا يكون مالا ، فكيف تسلب المالية عن المنافع ولولاها لما صارب الاعيان أموالا ؟[3] . وأيضا فان الشارع أجاز أن تكون المنافع مهرا ، والمهر لا يكون الا مالا بدليل قوله تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين » ، فالمنافع اذن من الاموال . كما أن العقد يرد على المنافع وتصير مضمونة به وهذا آية كونها مالا اذ لو لم تكن مالا في ذاتها لما صارت مالا بالعقد لان العقود لا تقلب حقائق الاشياء ، بل تقرر خصائصها[4] .

والراجح من الرأيين قول الجمهور لقوة أدلتهم وموافقته لعرف الناس وتعاملهم .

٢٤٣ - ويترتب على الخلاف بين الحنفية والجمهور ، ان منافع

---

(١) تاريخ التشريع الاسلامي ومصادره للاستاذ محمد سلام مدكور ص٢٧٦ .

(٢) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للامام الزيلعي ج٥ ص٢٣٤ .

(٣) المرجع السالف الذكر .

(٤) كشف الاسرار شرح اصول البزدوي ج١ ص١٧١ - ١٧٢ .

المغصوب غير مضمونة عند الحنفية[1] ومضمونة عند غيرهم[2] فلو غصب انسان دارا وسكنها شهرا لم يضمن شيئا عند الحنفية وعليه أجر المثل عند غيرهم • وكذلك قال الحنفية بانفساخ عقد الاجارة بموت المستأجر قبل انتهاء مدتها لان منافع المأجور ليست مالا فتورث ، ولان الوراثة خلافة عن الميت ولا تتصور الا فيما يبقى في حياة المورث والوارث معا حتى تتحقق الخلافة وليست المنافع هكذا ، فما كان موجودا منها في حياة المورث (المستأجر) لا تبقى لتورث وما يحدث منها بعده لم تكن مملوكة له فيخلفه فيها الوارث[3] • وغير الحنفية قالوا ان عقد الاجارة لا ينفسخ بموت المستأجر ، بل يحل الورثة محله حتى تنتهي مدة الاجارة[4] •

٢٤٤ ـ تقسيمات المال :

يقسم المال الى تقسيمات مختلفة باعتبارات مختلفة ، فهو بالنظر الى حماية الشارع له : مال متقوم وغير متقوم • وبالنظر الى استقراره وعدم تحوله : عقار ومنقول • وبالنظر الى تماثل أجزائه وآحاده : مثلي وقيمي •

ونتكلم فيما يلي عن كل نوع من هذه التقسيمات ، والفائدة المترتبة من كل تقسيم •

٢٤٥ ـ المتقوم وغير المتقوم :

المال المتقوم هو ما صار في حيازة الانسان وجاز الانتفاع به شرعا في حالة السعة والاختيار • كالدور والسيارات والنقود والثياب والكتب ونحوها•

وعلى هذا فما ليس في حيازة الانسان لا يعد مالا متقوما كالطير في السماء والسمك في الماء • وكذلك ما كان في حيازة الانسان ولا يباح له الانتفاع به شرعا لا يعد مالا متقوما كالخمر والخنزير بالنسبة للمسلم ، أما

---

(١) استثنى متأخروا الحنفية منافع الوقف ومال اليتيم والمعد للاستغلال وقالوا بضمان منافعها •

(٢) كتاب الخلاف للشيخ أبي جعفر الطوسي ج٢ ص١٧٠ •

(٣) الزيلعي ، المرجع السالف ، ج٥ ص١٤٤ ـ ١٤٥ •

(٤) محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص١٦٧ •

بالنسبة لغير المسلم فيعتبر مالا متقوما لنهينا عن التعرض له بشأنهما وهــذا يدل على اقرار غير المسلم على الانتفاع بهما • والمقصود بحالــة الســعة والاختيار الاحوال العادية التي لا ضرورة فيها ولا اضطرار ، فالخمر يجوز الانتفاع به في حالة الضرورة كمن أشرف على الهلاك عطشا جاز له شرب الخمر ، وكذا يجوز عند الاضطرار أكل الميتة ، ومع هذا لا تعتبر الميتــة والخمر من الاموال المتقومة لعدم جواز الانتفــاع بهــا شرعا في الاحــوال العــادية •

والمال غير المتقوم هو ما لم يتوافر فيه الامران : الحيازة وجواز الانتفاع به في حال السعة والاختيار ، أو لم يتوافر فيــه أحــد الامرين كالخمر في حق المســلم •

٢٤٦ – ويترتب على قسمة المال الى متقوم وغير متقوم ، ما يأتي :

أ – من أتلف مال الغير وجب عليه الضمان ، المثــل ان كان مثليــا والقيمة ان كان قيميا لان الشارع منحه حماية وحرمة •

أما غير المتقوم فلا حماية له ولا حرمة وبالتالي لا يضمن متلفــه أي شيء • فاذا أتلف انسان سمكة في الماء أو حيوانا غير مملوك في الفلاة فــلا ضمان على المتلف • وكذلك اذا أتلف مسلم لمسلم خمرا فلا ضمان عــلى المتلف لان الخمر غير متقومة في حق المسلم ، أما لو أتلفها لذمي فان الضمان يترتب على المتلف لان الخمر مال متقوم في حق الذمي وهذا عند الحنفيــة والمالكية ، ولا ضمان عليه عند الشافعية والحنابلة وغيرهم وحجتهم في عدم الضمان ان مالا يكون متقوما فيحق المسلم لا يكون متقوما في حق الذمي[1]•

ب – المال المتقوم هو الذي تصح فيه التصرفات من بيع وهبة واجارة ونحوها • وغير المتقوم لا يصح فيه شيء من ذلك فلو باع مسلم خمرا لــم

---

(١) بدائع الصنائع ج٥ ص١٦ ، ١١٣ ، الام ص١٣١ ، المغنــي ج٥ ص٢٧١ •

يصح البيع ولكن لو باعها ذمي من ذمي صح البيع لتقوم الخمر في حقهما[1].

٢٤٧ ـ العقار والمنقول :

العقار هو ما لا يمكن نقله بحال من الاحوال وليس ذاك الا الارض . والمنقول ما يمكن نقله وتحويله من مكان الى مكان سواء تغيرت هيأته عند النقل أو لم تتغير . وعند المالكية المنقول ما أمكن نقله مع بقاء هيئته وصورته دون تغير ، فان تغيرت فهو عقار لا منقول وعلى هذا فالشجر والبناء يعتبران من العقار في المذهب المالكي[2] .

٢٤٨ ـ وفائدة تقسيم المال الى عقار ومنقول تظهر في الاحكام التالية :

أ ـ الشفعة تجرى في العقار دون المنقول الا على رأي بعض الفقهاء كما سيأتي بيانه فيما بعد .

ب ـ يجوز للوصي على الصغار أن يبيع ما يملكون من منقول حسب ما يراه من وجوه المصلحة ، وليس له أن يبيع عقارهم الا بمسوغ شرعي كبيعه ايفاء للدين ، أو لزيادة نفقاته على غلاته وغير ذلك من المسوغات المذكورة في كتب الفقه .

ج ـ عند بيع أموال المدين وفاء لدينه يبدأ بالمنقول أولا فان لم يف بيع عقاره .

د ـ يصح وقف العقار بلا خلاف أما وقف المنقول ففيه خلاف وتفصيل وقد أجازه بعض الفقهاء اذا جرى به العرف كوقف الكتب ونحوها .

هـ ـ ملكية العقار ، في القوانين الوضعية الحالية ، لا تنتقل الا بالتسجيل في الدوائر المختصة وهي عندنا في العراق دوائر الطابو .

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ج٢ ص٤٣٦ ، بدائع الصنائع ج٥ ص١٤٣ . ويلاحظ هنا أن القانون المدني العراقي يعبر عما يراد بالاموال غير المتقومة في الفقه الاسلامي بالاشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون: المادة ٦١ فقرة ٢ . ويترتب على هذا أن الخمر مال متقوم في القانون المدني ويصح التصرف فيه وهذا خلاف الحكم المقرر في الفقه الاسلامي .

(٢) الاموال ونظرية العقد في الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف موسى ص١٦٣ .

٢٤٩ ـ المثلي والقيمي :

المال المثلي هو ما لا تفاوت بين أجزائه أو آحاده أو مع تفاوت يسير لا يعتد به مع وجود نظائره في الاسواق • وهذا النوع يقدر عادة بالوزن أو بالكيل أو بالعد فمن الاول الذهب والفضة والتفاح ونحوها ومن الثاني الزيوت والحبوب ، وقد شاع استعمال الوزن في الحبوب وأصبحت من الموزونات لا من المكيلات ، ومن الثالث ـ أي ما يقدر بالعد ـ البيض والبرتقال •

ومن الاموال المثلية في الوقت الحاضر جميع المصنوعات التي تنتجها الآلات اذا اتحدت في المادة والصنع والصفة وقد تقدر بالمقياس كالمتر والياردة والذراع مثل المنسوجات والاقمشة ، وقد تقدر بالعدد كالاواني والملاعق والكتب ونحوها •

المال القيمي : هو ما لا مثل له في الاسواق أو له نظير ولكن بتفاوت كبير لا يتسامح به عادة ، كالدور والحيوانات كالابل والغنم والاحجار الكريمة والكتب المخطوطة ونحوها •

٢٥٠ ـ ويترتب على هذه القسمة أمور منها :

أ ـ المثلي يثبت دينا في الذمة اذا ما عينت أوصافه بخلاف القيمي فانه لا يثبت دينا في الذمة •

ب ـ الضمان في اتلاف المثلي يكون بمثله ، وفي القيمي يكون بقيمته •

الفصل الثاني

الملك أو الملكية

٢٥١ ـ تعريف الملك :

اذا حاز الانسان مالا وكان له الانتفاع به شرعا أصبح هو المالك والمال مملوكا له ، وظهرت بينهما علاقة اعتبارية يقرها الشارع ويرتب عليها آثارها ، وهذه العلاقة هي الملك أو الملكية (نسبة الى الملك) التي من آثارها تمكين المالك ـ دو نغيره ـ من الانتفاع بالمملوك والتصرف فيه بأنواع التصرفات • فالملك اذن اختصاص بالشيء يمكن صاحبه شرعا من الانفراد بالانتفاع به والتصرف فيه عند عدم المانع الشرعي[١] •

فاذا ثبت هذا الاختصاص لشخص بشيء ، وكان له شرعا بناء على هذا الاختصاص أن يستبد بالانتفاع به أو التصرف فيه ، ثبت له الملك على ذلك الشيء • وعلى هذا فقيم المجنون أو المعتوه ووصي السفيه أو الصغير لا يعد واحد منهما مالكا لما يتصرف فيه من أموال من هو تحت ولايته ، لانه لا يستقل بالتصرف وانما يتصرف في أموال من هو تحت ولايته بناء على صفته من كونه قيما أو وصيا ، بينما يعتبر كل من المجنون ونحوه مالكا لانه يستقل بالتصرف لولا مانع الجنون ونحوه ولهذا اذا زال المانع عاد الممنوع •

٢٥٢ ـ الملك والمال :

قلنا ان الملك اختصاص بالشيء يمكن صاحبه بحكم الشرع من الانفراد

---

(١) مختصر أحكام المعاملات الشرعية للاستاذ علي الخفيف ص٨ • وقد عرف الامام القرافي الملك بأنه : حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة يقتضي تمكن من يضاف اليه من انتفاعه بالمملوك وأخذ العوض عنه من حيث هو كذلك : الفروق ج٣ ص٢٠٨ ـ ٢٠٩ •

بالانتفاع بالشيء والتصرف فيه الا لمانع شرعي • ولكن الملك قد يطلق على الشيء المملوك ، فيكون بهذا الاعتبار أعم من المال عند الحنفية ، لان الملك ، بمعنى المملوك ، يشمل الاموال والمنافع اذ كل منهما مملوكة ، ولكن المنافع ليست مالا عند الحنفية وان كانت مملوكة وترد عليها تصرفات كثيرة كالاجارة والوصية •

٢٥٣ ـ ما يقبل الملك من الاموال وما لا يقبله :

الاصل في الاموال انها بطبيعتها تقبل الملك ، الا انه قد يعرض لها من العوارض ما يجعلها غير قابلة للتملك ، فالاموال التي يتعلق بها حق الناس جميعا ، وهي المخصصة للمنافع العامة كالطرق العامة والانهار العظيمة كدجلة والفرات ، والجسور ونحو ذلك ، كل هذه الاموال ، وهي بهذه الصفة ، لا تقبل التملك فلا يمكن أن يرد عليها ملك فردي لمنافاة ذلك لما خصصت له • ولكن اذا زالت صفتها هذه ـ أي تخصيصها للنفع العام ـ أمكن عند ذلك تملكها ملكية فردية ، كما لو استغني عن الطريق العام بانشاء طريق غيره ، فان الطريق الاول المهجور يقبل عند ذاك التملك •

وكذلك الاموال الموقوفة ، لا تقبل التملك ولكن اذا ظهر سبب شرعي يسوغ بيعها كما لو قررت الجهة المختصة استبدال الوقف بغيره ، جاز بيع الوقف وتملكه من قبل الافراد • ومثل الوقف ، في عدم جواز بيعه الا بمسوغ شرعي ، أموال الدولة كالارض الاميرية فهي لا تصلح للتملك الا اذا وجد سبب يبيح بيعها كما لو رأت الدولة بيع ذلك لمصلحة مشروعة • وفيما عدا ما ذكرناه من أموال ، يصح تملكه وتمليكه •

٢٥٤ ـ أنواع الملك :

الملك نوعان : ملك تام ، وملك ناقص •

فالتام ما يرد على ذات الشيء ومنفعته معا • والناقص ما يرد على أحدهما فقط أي ملك ذات الشيء ـ رقبته ـ فقط أو ملك منفعته فقط • فمن يملك أرضا رقبة ومنفعة فان له أن يستعملها بنفسه فيزرعها أو يبني عليها ، أو

يستغلها بايجارها للغير أو يتصرف فيها بالبيع أو الرهن ونحو ذلـــك لان ملكيته ملكية تامة تسوغ له هذه التصرفات • ومن يملك رقبة الارض فقط فليس له أن يستغلها أو ينتفع بها ما دامت ملكيته لمنفعتها لم ترجع اليه بعد • ومن يملك منفعة الارض فقط فليس له أن يتصرف في رقبة الارض ولكن له أن يستوفي هذه المنفعة بنفسه أو بواسطة غيره ،كما سنبين ذلك فيما بعد • ونتكلم فيما يلي عن الملك الناقص في مبحث أول ثم نتكلم عن الملك التام في مبحث ثان •

المبحث الأول

الملك الناقص

٢٥٥ ـ تمهيـــد :

الملك الناقص ـ كما قلنا ـ اما ملك العين فقط (أي رقبتها) واما ملك منفعتها فقط • وملك المنفعة ، وقد يسمى أيضا بحق الانتفاع ، ينقسم الى قسمين : حق انتفاع شخصي ، وحق انتفاع عيني • فحق الانتفاع الشخصي يتعلق بشخص المنتفع فيكو نله فقط وقد ينتقل الى غيره في بعض الحالات كما سنذكره فيما بعد • وحق الانتفـاع العيني ، ويسمى بحق الارتفاق ، يتعلق بعين العقار المقرر عليه هذا الحق ويتبع العقار المقرر له أنى ذهب ، فهو لا يثبت لشخص معين ، بل يتبع العقار المقرر له هذا الحق ويتبعه أنى ذهب ويثبت لمن يملك هذا العقار • وعلى هذا يكون الملك الناقص ثلاثـــة أنواع : (الاول) ملك العين فقط • (الثاني) ملك منفعة فقط يكون معه حق الانتفاع شخصيا • (الثالث) ملك منفعة يكون معه حق الانتفاع عينيا وهو حق الارتفاق[١] • ونتكلم فيما يلي عن كل نوع في مطلب على حدة •

---

(١) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص٩

المطلب الأول

ملك العين فقط

٢٥٦ – ويكون هذا النوع من الملك فيما اذا كانت العين وحدها – أي رقبتها فقط – مملوكة لشخص ومنفعتها كلها مملوكة لشخص آخر كما لو أوصى مالك العين بمنفعتها لشخص مدة حياته أو لمدة معينة ثم مات الموصي وقبل الموصى له الوصية ، فان ملكية العين تؤول الى الورثة ومنافعها الى الموصى له طيلة المدة المعينة في الوصية ، ويلزم الورثة تسليم العين الى الموصى له للانتفاع بها واذا أبوا أجبروا على التسليم ، واذا ما انتهت المدة المقررة وجب على الموصى له رد العين الى ورثة الموصى ، واذا مات الموصى له قبل انتهاء المدة وجب على ورثته ردها الى ورثة الموصي لان المنافع لا تورث عند الحنفية .

ويلاحظ هنا أن ملكية العين فقط هي ملكية دائمة وتنتهي دائما الى ملكية تامة ، أما ملكية المنافع فقط فانها تكون مؤقتة دائما وناقصة دائما .

وكذلك لو أوصى شخص برقبة العين المملوكة له الى شخص وبمنافعها الى شخص آخر وقبل الاثنان الوصية بعد موت الموصى ، فان ملك كل منهما ناقص فاذا انتهت مدة الانتفاع بالعين سلمت الى الموصى له برقبتها وعادت ملكيته تامة .

٢٥٧ – خصائص هذا النوع من الملك :

ان مالك العين ليس له أن ينتفع بها طيلة تعلق حق المنتفع بها ، كما أنه ليس له أن يتصرف فيها تصرفا مضرا بمالك المنفعة . واذا مات مالك العين تورث عنه ، واذا أتلفها ضمن قيمة المنفعة لمالكها .

المطلب الثاني

ملك المنفعة أو حق الانتفاع الشخصي

٢٥٨ – وهذا الحق يتعلق ابتداء بشخص المنتفع فله أن يستوفي

المنفعة بنفسه ولكن قد يكون له أيضا أن يملكها لغيره كما لو أوصى لآخر بمنافع داره ينتفع بها كيف يشاء ، فان للموصى له في هذه الحالة أن يسكنها بنفسه كما له أن يعيرها أو يؤجرها لغيره • وقد لا يكون للمنتفع أن يملك المنفعة لغيره ، بل له أن ينتفع بها بنفسه فقط كما لو وقف شخص داره على آخر ليسكنها بنفسه فقط ثم من بعده الى الفقراء ، أو يقف شخص داره ليسكنها طلبة العلم فقط فلا يكون لواحد منهم أن يعيرها أو يؤجرها • وفي كلتي الحالتين يكون للمنتفع ملك المنفعة أو حق الانتفاع ، فلا فرق بين التسميتين عند الحنفية • ويرى فريق آخر من الفقهاء ، ومنهم المالكية ، قصر اسم ملك المنفعة على الحالة الاولى أي فيما اذا كان للمنتفع تمليك المنفعة لغيره ، وقصر اسم حق الانتفاع على الحالة الثانية أي في حالة ما اذا امتنع على المنتفع تمليك المنفعة الى غيره • فحق الانتفاع ، عند هؤلاء الفقهاء ، من قبيل الاباحة لا من قبيل ملك المنفعة خلافا للحنفية[1] •

٢٥٩ ـ الفرق بين الملك والاباحة :

وعلى ذكر الاباحة لا بد من بيان الفرق بينها وبين الملك • فالملك اختصاص بالشيء يكسب صاحبه حق التصرف في هذا الشي المملوك ما لم يوجد مانع شرعي • فاذا كان الملك منصبا على المنفعة أبيح للمالك أن يستوفي المنفعة بنفسه وان يملكها لغيره بعوض أو بغير عوض كالمستأجر لان المنفعة ملكه فله أن يتصرف فيها كما يشاء ، الا اذا كان مالك المنفعة ممنوعا من تمليكها لغيره كما في الوصية بالسكن فقط دون الاسكان •

أما الاباحة فهي حق يثبت للانسان بسبب الاذن له بالانتفاع • وقد يكون هذا الاذن من مالك الشيء كما لو اذن المالك لشخص بالركوب معه في سيارته أو بالمبيت في بيته أو بقراءة كتابه • وقد يكون الاذن عاما للجميع فيما هو مخصص للمنافع العامة كالطرق العامة والانهار العظام والجسور ونحو ذلك • وقد يكون الاذن بحكم الشرع كما في قوله عليه الصلاة

---

(١) الفروق للقرافي ج١ ص١٨٧ ، الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص١٠ •

والسلام : « الناس شركاء في ثلاثة : في الماء والكلاء والنار » أي شركاء شركة اباحة لا شركة ملك في الماء غير المملوك لاحد ، وبالكلأ قبل أن يحرز ويحاز ، وبضوء النار الموقدة • فما دام الاذن قائما فالاباحة قائمة ، فاذا زال الاذن زالت الاباحة وتلاشى الحق في الانتفاع • هذا وان من أبيح له الانتفاع فليس له أن ينتفع الا بنفسه وفق الاذن الصادر بالاباحة ، فمن أبيح له الركوب بالسيارة ليس له أن يحملها الاثقال ولا أن يركب غيره فيها • ومن أبيح له المبيت في المنزل ليس له أن ينيب عنه أحدا غيره ، ومن دعي الى وليمة ليس له أن يحوز طعاما منها ويأخذه الى بيته •• وهكذا • ومن هذا يتبين لنا أن اباحة الانتفاع بالشيء لا تفيد ملكية المنفعة وانما تفيد الحق لمن أبيح له الانتفاع في أن ينتفع بنفسه فالاباحة رخصة في تحصيل المنفعة وليست هي ملك المنفعة[1] •

٢٦٠ ـ أسباب ملك المنفعة :

وملك المنفعة يستفاد بأحد الاسباب الآتية[2] :

أولا : الاجارة : وهي تمليك المنفعة بعوض ، فالمستأجر يتملك بها منفعة المأجور وله أن يستفيدها بنفسه على الوجه المنصوص عليه في عقد الاجارة كما له أن يملكها لغيره بعوض أو بغير عوض ما دامت المنفعة لا تختلف باختلاف المنتفعين •

ثانيا : بالاعارة : وهي تبرع بالمنفعة بدون عوض ، وتفيد تمليك المنفعة للمستعير على رأي جمهور الاحناف خلافا لمن رأي انها اباحة • فعلى الرأي الاول يجوز للمستعير أن يملكها لغيره بطريق الاعارة فقط[3] ما لم يمنع من ذلك مانع كما لو شرط عليه المعير أن لا يعيرها لاحد أو كانت المنفعة تختلف باختلاف المنتفعين •

---

(١) الاستاذ الخفيف ، المرجع السابق ، ص١١ •

(٢) الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص ١٧٨ ـ ١٨٠ ، والاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص١١ ـ ١٢ •

(٣) عند المالكية يجوز للمستعير أن يملك المنفعة لغيره بعوض أو بغير عوض : الفروق للقرافي ج١ ص١٩٣ •

ثالثا : بالوقف[1] والوصية[2] وكلاهما يفيد ملك المنفعة ، وللموقوف عليـــه أو الموصى لـه أن يستوفي المنفعـة بنفسه وأن يملكها لغيره ، كمـا لو وقف شخص داره على فلان ومن بعده على المساجد ، أو أوصى له بمنفعته وجعل لكل منهما أن ينتفع بالدار على الوجه الذي يريده فلكل منهما أن يسكن الدار ان شاء أو يؤجرها أو يعيرها .

٢١١ ـ أحكام هذا النوع من الملك :

يختص ملك المنفعة أو حق الانتفاع الشخصي بجملة أحكام منها :

أولا : قبوله التقييد ، فلا يكون هذا النوع من الملك مطلقا ، بل يقيد ابتداء بالزمان والمكان والصفة ، فيجوز مثلا لمعير السيارة أن يقيد المستعير بالانتفاع بها مدة اسبوع فقط أو أن يستعملها للركوب فقط دون نقـــل الاثقال والاثاث ، أو أن يستعملها في بغداد فقط أو أن يستعملها نهارا لا ليلا . وللموصي بمنفعة أرضه لشخص أن يقيد الموصى له بزراعتها قمحـا فقط أو بعدم تمليك منفعتها لغيره وهكذا .

وهذا خلاف الملك التام فانه لا يقبل التقييد ولا يتقيد بشيء مما ذكرناه كما سيأتي فيما بعد .

ثانيا : عدم جريان الارث في هذا النوع من الملك ، فلا ينتقل ملـك المنفعة أو حق الانتفاع الى الغير عن طريق الارث وهذا عند الحنفية[3] لان الارث يجري فيما كان يملكه المورث ويبقى بعد وفاته وليست المنافع كذلك فهي تحدث آنا بعد آن وما كان مملوكا منها في حياته يفنى بعد وفاته وما وجد منها بعد وفاته لم يكن مملوكا له في حياته فلا يتصور فيه الميراث . واستثنى الحنفية من ذلك حقوق المرور والشرب والمسيل والتعلي فانها تورث عندهم كما سيأتي فيما بعد . أما عند غير الحنفية فان الارث يجري في ملك المنفعة ،

---

(١) الوقف هو حبس العين عن تمليكها لاحد من العباد والتصدق بالمنفعة ابتداء أو انتهاء فقط : الوقف للابياني ص٣ ـ ٤ .

(٢) الوصية تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت .

(٣) الكاساني ج٣ ص٣٥٣ ـ ٣٨٦

لان المنافع أموال عندهم فهي أموال مملوكة للمورث فتورث عنه[1] .

ثالثا : يجب تسليم العين الى مالك المنفعة ليستوفيها على الوجه الجائز له وعليه أن يحافظ عليها المحافظة المطلوبة دون اهمال أو تقصير فاذا هلكت في يده أو تعيبت دون تعد أو اهمال أو تقصير لم يضمن شيئا لانه أمين ، أما اذا كان الهلاك أو العيب بتعد منه أو تقصير فعليه الضمان .

رابعا : على مالك المنفعة نفقات العين التي ينتفع بها اذا كان انتفاعه بها بالمجان كما في الوصية والعارية ، أما اذا كان انتفاعه بعوض فان نفقة العين تكون على مالكها ، فنفقة الدابة وتكاليف السيارة تكون على مالكهما لا على مستأجرهما وعلى المستعير لا على المالك في حالة الاعارة .

خامسا : رد العين الى مالكها بعد انتهاء حق الانتفاع اذا طلبها منه الا اذا ترتب على الرد ضرر بالمنتفع فعند ذلك تبقى عند المنتفع بأجر المثل الى زوال الضرر ، فمن استأجر أرضا للزراعة وانتهى الاجل والزرع لم يحن وقت حصاده ، تبقى الارض عند المستأجر بأجر المثل حتى يحصد الزرع .

٢٦٢ ـ انتهاء حق الانتفاع الشخصي :

ينتهي هذا النوع من الملك ـ ملك المنفعة الشخصية ـ بأحد الامور التاليــة :

أولا : بوفاة المنتفع ، وهذا عند الاحناف ، وعند غيرهم يحل محله ورثته حتى تنتهي مدة الانتفاع .

ثانيا : وفاة مالك العين ، اذا كان ملك المنفعة بطريق الاجارة او الاعارة أما في الوصية فلا يبدأ ملك المنفعة الا بعد موت الموصي وقبول الموصى له الوصية أو عدم رده لها . وفي الوقف لا أثر لموت الواقف على ملك الموقوف عليه المنفعة .

---

(١) كشاف القناع ج٢ ص٥٠٣ ، ٥٢١ بلغة السالك الى مذهب مالك ج٣ ص٥١٢ نهاية المحتاج ج٤ ص٩٧ وقد أخذ برأي الحنفية قانون الوصية المصري فقد جاء في مادته التاسعة والخمسين : (تسقط الوصية بالمنفعة بوفاة الموصى له قبل استيفاء المنفعة الموصى بها كلها أو بعضها) .

ثالثا : انتهاء مدة الانتفاع ، سواء كان سبب حق الانتفاع اجارة أو اعارة أو وصية أو وقف ، كما لو أوصى شخص لآخر بسكنى داره ثلاث سنوات ثم انتهت المدة فليس له الاستمرار في سكناها •

رابعا : اذا هلكت العين المنتفع بها أو تعيبت بعيب يتعذر معه الانتفاع بها ، كما لو تهدمت الدار المستأجرة • وفي الوصية اذا هلك الموصى به بلا تعد أو تقصير من الغير انتهى حق الانتفاع • أما اذا كان الهلاك بتعد أو تقصير فان حق الانتفاع لا ينتهي ، بل يكلف المعتدي بقيمتها ثم يشتري بها عين أخرى تحل محله الهالكة لينتفع بها الموصى له المدة الباقية[1] •

المطلب الثالث

حق الانتفاع العيني

٢٦٣ - تمهيد :

وهذا هو النوع الثاني من ملك المنفعة • وهو في أكثر صوره حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر دون نظر الى مالكه • ومنه حق المرور من أرض معينة للوصول الى أرض أخرى • وحق المسيل وهو صرف الماء الزائد عن الحاجة أو غير الصالح بارساله في مجرى سطحي ونحوه حتى يصل الى مقره من مصرف عام أو مستودع وان كان المجرى يمر في أرض أخرى وسيأتي تفصيل هذه الحقوق •

وتسمية هذه الحقوق بحقوق الارتفاق تسمية حادثة أطلقها صاحب مرشد الحيران المرحوم قدري باشا • وعرف حق الارتفاق بأنه حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لمن لا يملك العقار الاول • وهذا التعريف لا يصدق على حق الجوار ولا حق التعلي ولا حق الشفعة كما سيتضح فيما بعد وان كنا سنذكر هذه الحقوق أيضا مع الحقوق التي يصدق عليها تعريف حق الارتفاق ، لان الفقهاء يتكلمون عن هذه الحقوق جميعا باعتبار

---

(١) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص١٤

انها من أنواع حق الانتفاع العيني[1] .

٢٦٤ ـ أولا : حق الشرب :

حق الشـرب حق من حقـوق الارتفـاق كحق المرور والمسيل التي سنذكرها تباعا . والشرب (بالكسر) لغة النصيب من المـاء وفي اصطلاح الفقهاء النصيب المستحق من الماء أو نوبة الانتفاع بالماء لسقي الشجر والزرع. ويلحق به ما يسمى بحق الشرب (بضم الشين) أو بحق الشفة ، ويعنى حق شرب الانسان والدواب من الماء وللاستعمال المنزلي على وجـه العموم باعتبار أنه يشمل سـقي ما يكون في أفنيـة الدور من أشـجار وزروع . فحق الشرب اذن يشمل النوعين : سقي الزروع والاشجار ، وشرب الانسان والحيوان ولهذا عرفه الامام الكاساني بأنه ـ أي حق الشرب ـ هو حـق الشرب والسقي[2] . والمياه بالنسبة لهذا الحق تنقسم الى ثلاثة أقسام[3] .

أ ـ مياه المجاري العامة التي لا ملك لاحد عليها كالانهار العظام مثـل دجلة والفرات ويلحق بهما الانهار والترع التي تشقها الدولة وتنشئها للنفع العام كترعة الاسماعيلية بمصر أو جدول الورار وكذا الغراف في العراق . فهذا النوع من المياه يثبت فيه للجميع حق الشرب بنوعيه فلهم أن يأخذوا منه حاجتهم لشربهم وشرب حيواناتهم واستعمالهم المنزلي كما لهم سـقي زروعهم وأشجارهم بواسطة نصب المضخات أو شق الجداول الموصلة بـه واجراء الماء فيها . ولا يقيد حق الناس في هذه المياه سوى قيد واحد هـو عدم الاضرار بالآخرين فلا يجوز مثلا نصب ماكنة على جدول تسحب أكثر مائه ، فان فعل أحد هـذا كان لغيره منعه ، لان الناس شركاء في الماء شركة اباحة كما جاء في الحديث الشريف ، والمراد بالماء ، الذي تجري الشركـة فيه ، الماء غير المحرز كما في هذا النوع .

---

(١) تاريخ التشريع الاسلامي ومصادره للاستاذ محمـد سـلام مدكور ص٢٩٧ .

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ج٦ ص١٨٨ . والاستاذ علي الخفيف المصدر السابق ، ص١٥ .

(٣) الاستاذ محمد سلام مدكور ، المرجع السابق ، ص٢٩٨ ـ ٢٩٩

ب ـ ماء المجاري والترع والعيون والآبار التي أنشأها صاحب الارض في أرضه • وفي هذا النوع يكون مكان الماء ، أي رقبة المجرى أو الترعة أو البئر ، مملوكة لصاحب الارض ، أما الماء فهو مباح اباحة خاصة يثبت بها حق الشفة للجميع دون حق الشرب الذي هو سقى أراضيهم وزروعهم • والسبب في ثبوت حق الشفة دون حق الشرب هو أن في الناس حاجة دائمة الى ماء يشربون منه هم ودوابهم ويستعملونه في حوائجهم البيتية فلا يصح أن يحال بينهم وبينه ، لاسيما وان هذا النوع لا يعد محرزا عادة في مجراه ، ولهذا اذا منعه صاحب المجرى عمن يريده لشربه وشرب دوابه فللممنوع أن يأخذه ولو بالقوة لانه محتاج اليه وله حق فيه ومانعه باغ ظالم يمنع ما ليس له منعه[1] • أما سقي زروعهم وأرضهم منه فلا حق لهم فيه لان في ذلك ضررا بليغا على صاحب الجدول أو البئر قد يترتب عليه أن لا يجد ما يسقي هو به زرعه • ولكن لو باع صاحب المجرى جزء من أرضه مع حق شربها من هذا المجرى ثبت للارض المبيعة حق شرب على هذا المجرى المملوك للبائع دون أن يكون للمشتري ملك في رقبة المجرى •

ج ـ الماء المحرز في الاواني والانابيب والصهاريج والحياض ونحوها • وهذا النوع من الماء ملك لمن أحرزه ، شأنه شأن كل مال مباح يملك بالاستيلاء عليه واحرازه • ولهذا لا يثبت على هذا النوع من الماء حق شرب ولا حق شفة الا اذا كان في الانسان حاجة الى الماء لدفع غائلة العطش عنه فله أن يأخذ كفايته ولو بالقوة والجبر على أن يضمن لصاحب الماء قيمته وهذا كله اذا كان الماء عند محرزه فائضا عن حاجته ومنعه عمن يحتاجه • أما اذا لم يكن زائدا عن حاجته فليس لاحد أخذه منه بالقوة والاكراه لانه لا يجوز للانسان أن يدفع الهلاك عن نفسه باهلاك غيره •

---

(١) ويذكر في هذا الباب أثر عن عمر بن الخطاب خلاصته انه أباح لمن منعوهم سقي دوابهم من بئر لهم أن يدافعوا أصحاب البئر ويأخذوا حاجتهم من الماء ولو بالقوة : أنظر الخراج لابي يوسف ص٥٥ ، والبدائع ج٦ ص١٨٩ •

٢٦٥ ـ ثانيا ـ حق المجرى :

وهذا الحق تابع لحق الشرب ومعناه : حق اجراء الماء في أرض الغير لايصاله الى الارض المراد سقيها • فهو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر باجراء الماء في الاول لسقي العقار الثاني البعيد عن المجرى العام • وقد يكون المجرى ملكا لصاحب الارض التي يخترقها وقد يكون ملكا لصاحب الارض التي ينتفع به وقد يكون مشتركا بين الاثنين •

ومن أحكام هذا الحق أنه لا يجوز لمن يمر هذا المجرى في أرضه أن يمنع صاحب حق المجرى من امرار الماء فيه واصلاحه وتعميقه وتعهده بين الحين والحين • كما ان على صاحب المجرى أن يمنع أي ضرر عن الارض التي يمر فيها ، ولهذا عليه أن يقوي جوانب المجرى حتى لا ينز ماؤه أو يطفح • كما عليه تعميق أرض المجرى أو تقليل جريان الماء اذا كان هذا ضروريا لدفع الضرر عن الارض التي يمر فيها المجرى •

٢٦٦ ـ ثالثا : حق المسيل :

معناه حق صرف الماء الزائد عن الحاجة أو غير الصالح بارساله في مجرى على سطح الارض أو في أنابيب حتى يصل الى مستودعه ومستقره • وقد يكون مصدر هذا الماء أرضا زراعية أو دارا أو مقهى أو مصنعا أو أي عقار آخر • كما أن هذا المجرى ، الذي تصرف فيه هذه المياه ، قد يكون ملكا للمنتفع به وقد يكون مملوكا للذي يمر المسيل في أرضه •

ويبقى هذا الحق ثابتا للعقار المنتفع به (أي العقار المخدوم) وان غيره صاحبه كأن كان العقار دارا فجعلها بستانا أو مصنعا أو كان أرضا زراعية فجعلها دورا • وليس لمن يمر المسيل في أرضه أن يمانع في ذلك أو يعارضه اللهم الا اذا كان فيه ضرر بليغ لا يمكن تلافيه فله منعه • وأخيرا فان نفقات اصلاح المجرى ، الذي تمر فيه هذه المياه ، على المنتفع به دون غيره كما هو الحكم في حق المجرى لان الغرم بالغنم •

فحق المسيل يختلف عن حق المجرى ، فالاول يعني حق تصريف الماء

الزائد أو غير الصالح أما الثاني فيعني جلب المـاء الصالح وامراره بأرض الغير لسقي أرض صاحب الحق •

٢٦٧ – رابعا – حق المرور :

ويقصد به حق الانسان في أن يصل الى ملكه بالمرور في طريق عام أو طريق خاص •

أما المرور في الطريق العام فثابت لجميع الناس دون قيد سوى قيد عدم الاضرار بالغير • ويثبت لهم هذا الحق سواء أكانت عقاراتهم واقعـة على هذا الطريق أم لا • ولمن كان عقاره واقعا على الطريق العام حق آخر زيادة على حق المرور وهو حق الارتفاق به أي الانتفاع به بفتح الابواب والنوافذ عليه • ولا يجوز لاحد أن ينتفع بالطريق على نحو فيه ضرر على الناس وتعويق لسيرهم وتضييق لسعة الطريق كانشاء بناء أو اقامة حاجز أو دكة أو شرفة واطئة ونحو ذلك • أما اذا لم يكن في الاحداث ضرر ولا أذى ولا تعويق للمرور فيه ، فانه يجوز ولكن بشرط اذن ولي الامر على رأي الامام أبي حنيفة خلافا لمن لم يشترط اذن ولي الامر[1] •

أما المرور في الطريق الخاص ، فهذا الحق اما أن يثبت لشخص واحد أو أكثر • وقد يكون الطريق الخاص مملوكا لصاحب حق المرور فيـه ولكن يقع في ملك غيره ، وقد يكون ملكا لصاحب الارض التي يخترقها • ويثبت لاصحاب الطريق الخاص الحق في فتح الابواب والنوافذ عليه على الوجه الذي جرت به العادة وتعارفه الناس ، ولا يجوز على غير هذا الوجه الا باذن الآخرين من أصحاب الحق فيه لانه كالمال المشترك بينهم • وهذا الطريق وان كان خاصا بأصحابه الا انه ليس لهم سده أو انشاء باب عـلى منفذه وغلق هذه الباب • كما ليس لهم ازالة هذا الطريق لان حق العامة تعلق به منذ انشائه وهو حق التجائهم اليه ودخولهم فيه عند الازدحام في الطريق العام • الا انه اذا كان عند انشائه معزولا عن الطريق العام باقامة باب على منفذه فانه في هذه الحالة لا تعلق لحق العامة به وبالتالي يجـوز

---

(١) شرح الكنز للزيلعي ج٦ ص١٤٢ وفتح القدير ج٥ ص٥٠٥

لاصحابه التصرف فيه بازالته اذا شاؤا •

٢٦٨ ـ حق التعلي :

وهو أن يكون لشخص الحق في أن يعلو بناؤه بناء غيره بأن يقيمه عليه فعلا كما في دار مكونة من طبقة سفلى وأخرى عليا ، وكل طبقة مملوكة لشخص ، أي يكون السفل لمالك والعلو لمالك آخر ، فبهذا يكون لصاحب العلو حق القرار على ذلك السفل والانتفاع بسقفه من غير أن يكون مالكا له لانه مملوك لصاحب السفل • وهذا الحق يبقى قائما وان انهدم البناء الاسفل أو الاعلى ولصاحب العلو ولوارثه من بعده الحق في بنائه واحداثه من جديد حين يريد •

وحق التعلي لا يباع استقلالا عند الحنفية لانه ليس بمال وانما يباع ضمن علو بناؤه قائم فعلا • ويجوز بيعه مستقلا عند غير الحنفية كالمالكية والحنابلة ، بل وحتى اذا لم يكن هناك بناء لا أعلى ولا أسفل[١] •

ولما كان حق كل من صاحب العلو والسفل متعلقا بملك الآخر فليس لواحد منهما أن يتصرف في ملكه تصرفا مضرا بصاحبه • فليس لمالك السفل مثلا أن يهدمه أو يفتح فيه فتحات تسبب له الوهن والضعف وتعرضه للانهدام ، كما ليس لمالك العلو أن يبني عليه طبقة أو أكثر بحيث يضر بناؤها بالسفل •

واذا هدم مالك السفل بناؤه أجبر على اعادته • أما اذا انهدم لوهنه وضعفه فان مالكه لا يجبر على اعادته ، ولكن لمالك العلو أن يتفق معه بصورة ودية على اعادة البناء أو يراجع المحكمة لاخذ الاذن منها على اعادة البناء على حساب صاحبه ليرجع بما أنفق عليه • واذا انهدم العلو أو هدمه مالكه فانه لا يجبر على اعادته اذ لا ضرر على صاحب السفل من ذلك •

٢٦٩ ـ حق الجوار :

نريد بالجوار هنا ، الجوار الجانبي[٢] وهو ينشأ من الملاصقة

---

(١) الاستاذ محمد سلام مدكور ، المرجع السابق ، ص٣٠٣ ـ ٣٠٤

(٢) التعلي نوع من أنواع الجوار اذ هو جوار علوي •

بالجدران ويترتب عليه الحق لكل جار على جاره أن لا يفعل في ملكه ما يضر بملك جاره ضررا بينا فاحشا لقوله عليه الصلاة والسلام « لا ضرر ولا ضرار » . والحقيقة أن للجار حقوقا مؤكدة على جاره جاءت بها نصوص الشريعة الكثيرة منها أن النبي (ص) قال : « ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه » . وعلى هذا فلا يجوز للجار أن يفعل في ملكه ما فيه ضرر فاحش على ملك جاره ، كأن يقيم في داره مصنعا أو طاحونة توهن البناء ، أو يفتح شبابيك على ساحة جاره تكشف بها عورات الجار ، أو يقيم جدارا عاليا يمنع الضوء عن جاره ، أو يحفر بئرا بجوار جدار جاره . فاذا فعل شيئا مما ذكرنا منع منه واجبر على تركه واذا ترتب على فعله ضرر ضمنه وهذا على رأي مالك ومتأخري الحنفية بخلاف متقدميهم اذ ما كانوا يقيدون الجار في التصرف بملكه بقيود الزامية قضائية وانما تركوا له الحرية في التصرف بملكه كما هو مقتضى الملكية التامة اعتمادا منهم على يقظة ضميره ووازعه الديني والتزامه بوصايا الشريعة بالجار . الا انه لما ضعف هذا الوازع وقلت المبالاة بحقوق الجار أفتى متأخروا الحنفية بلزوم تقييد تصرف الجار بملكه بما لا يسبب ضررا فاحشا بالجار بحيث اذا أخل بهذا الالتزام أجبر عليه قضاء[1] .

٢٧٠ ـ أسباب ثبوت ملكية حقوق الارتفاق :

ذكرنا فيما تقدم أنواع حقوق الارتفاق وبينا المقصود بكل حق ونذكر الان أسباب هذه الحقوق وملكية الشخص لها ، وهذه الاسباب هي :

أ ـ الشركة العامة :

ونعني بهذا السبب اشتراك الجميع بمنافع العقارات المخصصة للنفع العام كالطرق العامة والانهار الكبيرة ومصارف المياه العامة . فهذه العقارات ونحوها يترتب عليها حقوق ارتفاق لجميع العقارات المتصلة بها . فالدار الواقعة على الطريق العام لها حق ارتفاق عليه هو حق المرور فيه اليها ،

---

(١) جاء في المادة ١٠٥١ من القانون المدني العراقي : لا يجوز للمالك أن يتصرف في ملكه تصرفا مضرا بالجار ضررا فاحشا .. الخ .

والارض الزراعية الواقعة على نهر عام لها حق ارتفاق عليه هو حق الشرب واجراء الماء لسقي زرعها وشجرها • والارض المتصلة بمصرف عام للمياه لها عليه حق ارتفاق هو حق المسيل وهكذا • فسبب هذه الحقوق هو الشركة العامة بين الناس في منافع هذه العقارات المخصصة للنفع العام •

ب - اشتراطها في عقد معاوضة :

والسبب الثاني لنشوء حقوق الارتفاق هو اشتراطها في عقد معاوضة كما لو باع شخص قطعة أرض له لآخر واشترط عليه أن يكون عليها حق مرور أو حق مجرى أو حق مسيل لقطعة أرض أخرى مملوكة له • فاذا تم العقد بهذا الشرط ثبت حق الارتفاق المشروط للارض المشروط لها هذا الحق على الارض المبيعة •

ج - التقادم :

فاذا كان لعقار حق ارتفاق على عقار آخر منذ زمن قديم دون معارضة من أحد ودون أن يعرف سبب نشوء هذا الحق فان الظاهر يشهد بأن الحق نشأ عن سبب صحيح وان كان مجهولا لنا وبالتالي نحكم ببقائه رعاية لقدمه• لان القدم وان كان بمجرده لا ينشيء حقا الا أنه امارة على ثبوت الحق ونشوءه عن سبب صحيح معتبر • ولهذا اذا عرف سبب نشأة الحق فان بقاءه مرهون بصحة السبب فان كان صحيحا بقي الحق وان كان باطلا سقط الحق •

٢٧١ - الفرق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع الشخصي :

وبعد أن ذكرنا أنواع حقوق الارتفاق وأسباب نشوئها يمكننا بسهولة أن نتعرف على أوجه الفرق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع الشخصي • وأهم هذه الفروق ما يأتي :

أولا : حق الارتفاق يقرر لعقار أي يثبت لمصلحة عقار يسمى (المرتفق) أو العقار المخدوم • أما حق الانتفاع الشخصي فانه مقرر لشخص أي يثبت لمصلحة شخص وينتفع به على هذا الاساس • وعليه فالارض التي لها حق مرور على أخرى ينتفع بهذا الحق كل من يريد الوصول اليها على

أنه حق ارتفاق لها ولا ينحصر الانتفاع به على شخص معين ، وكذلك حق المسيل وحق الشرب ينتفع بهما على انهما من حقوق الارض • أما حق الانتفاع الشخصي ، كحق انتفاع الموصى له بمنفعة أرض ، فانه دائما حق مقرر لشخص معين باسمه أو بوصفه[1] • كما انه من الواضح البين ان حق الارتفاق تزيد به قيمة الارض المرتفقة اذ به تزداد منفعتها فتزداد قيمتها •

ثانيا : حق الارتفاق يقرر دائما على عقار يسمى العقار الخادم أو المرتفق به وتقل به قيمة العقار • ولهذا فان الارض المحملة بحقوق ارتفاقية تكون قيمتها أقل من مثيلتها الخالية من هذه الحقوق •

أما حق الانتفاع الشخصي فانه قد يتعلق بعقار كما في وقف العقار ، والوصية بمنفعته ، وقد يتعلق بمنقول كما في اعارة كتاب أو اجارة سيارة •

ثالثا : حق الارتفاق دائم غير مؤقت فلا يزول بتغير مالك العقار أو المرتفق به لانه يتعلق بالعقار أنى ذهب فينتفع به كل من يملك العقار المخدوم ويرثه ورثته من بعده وينتفعون به[2] • كما أن العقار المرتفق به يبقى محملا بهذا الحق وان تغير مالكه فينتقل الى الورثة بهذه الصفة فلا يستطيعون ازالته أو تغييره أو المعارضة في الانتفاع به • أما حق الانتفاع الشخصي فهو دائما مؤقت الى أجل محدود ينتهي بانتهاء هذا الاجل كما في الاجارة والاعارة والوصية بالمنافع مدة حياة الموصى له بها •

المبحث الثاني

الملك التام

٢٧٢ ـ تمهيد :

قلنا أن الملك نوعان : ملك تام وهو ملك رقبة الشيء ومنفعته معا • وملك ناقص وهو ملك العين فقط أو ملك المنفعة فقط • وقد تكلمنا عن

---

(١) محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق : ص١٩٤

(٢) حقوق الارتفاق تورث حتى عند الحنفية لانها تابعة للعقار •

الملك الناقص وأنواعه وخصائص كل نوع والاسباب المنشئة له • ونذكر الآن خصائص الملك التام والقيود التي ترد عليه ثم نعدد أسبابه المنشئة له ، أما تفصيلها فسنفرد لها فصلا خاصا •

٢٧٣ – خصائص الملك التام :

يمكن اجمال خصائص الملك التام بما يأتي :

أولا : حق الملك غير موقوت بزمن معين ينتهي بانتهائه ، لان حق الملكية لا يقبل التقيد بالزمان والمكان ، فهو حق دائم ويبقى قائما ما دام الشيء المملوك قائما ولا ينتهي الا بانعدامه أو باخراجه عن ملكية صاحبه بسبب ناقل للملكية أو بوفاة مالكه حيث ينتقل الى الورثة •

ثانيا : للمالك حق الاستعمال والاستغلال والتصرف فيما يملكه ، فله أن ينتفع به شخصيا وهذا هو حق الاستعمال ، وله أن ينتفع به بطريق غير مباشر كأن يؤجره وهذا هو حق الاستغلال ، وله أن يتصرف به بأي نوع من أنواع التصرفات كأن يعدمه أو يرهنه أو يبيعه أو يقفه أو يوصي به وهذا هو حق التصرف • فحق التصرف أعم من حق الاستعمال وحق الاستغلال اذ يشملهما ويشمل غيرهما من التصرفات القولية والفعلية[١] •

ثالثا – ليس على المالك ضمان الشيء المملوك له اذا أتلفه هو ، لان الضمان يستحقه المالك ، والانسان لا يكون مدينا لنفسه فلا يجب عليه الضمان لان ايجابه في هذه الحالة عبث والاحكام لا تشرع للعبث • ولكن قد يترتب على اتلافه بعض الاحكام كالتعزير اذا كان ما أتلفه ذا روح ، والحجر عليه اذا كان اتلافه امارة على سفهه •

٢٧٤ – طبيعة حق الملكية :

لاشك ان الشريعة الاسلامية تعترف بحق الملكية الفردية وتحترمه وترعاه وتقرر لحفظه وحمايته وسائل كثيرة • فهي من جهة ترتب التزاما

---

(١) جاء في المادة ١٠٤٨ من القانون المدني العراقي : الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفا مطلقا فيما يملكه عينا ومنفعة واستغلالا فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة •

عاما على الكافة باحترام ملك الغير وتعد التجاوز عليه من الكبائر الجالبة لسخط الله وعذابه في الآخرة وهي من جهة أخرى تقرر العقوبات الدنيوية الزاجرة لمن لم تردعه وسائل الارشاد والتوجيه والتهديد ، فتقرر عقوبة السارق والمختلس والغاصب . هذا من جهة اعترافها بحق الملكية وحمايته . ومن جهة الآثار المترتبة على هذا الحق تقرر ان لصاحبه أن يتمتع بثمراته فله وحده دون غيره التصرف فيه واستغلاله كما يشاء . الا أن اعتراف الشريعة بحق الملكية الفردية وحمايتها له وما يترتب عليه من استبداد صاحبه بالتصرف فيه دون غيره لا يعني انه حق مطلق للفرد لا يرد عليه قيد ولا تتدخل الشريعة في تنظيمه . فالحقيقة أن الشريعة نظمت هذا الحق وقيدته بقيود كثيرة لم يعد معها حقا مطلقا ، بل أصبح أشبه ما يكون (بوظيفة) معينة يقوم بها المالك في حماية الشريعة ورعايتها وحسب توجيهها وأوامرها والقيود التي تضعها تحقيقا للخير والنفع للمالك نفسه وللجماعة نفسها . فالمالك في نظر الشريعة (كالوكيل) لا يتصرف في ملكه الا في الحدود التي رسمتها له الشريعة . فحق الملكية اذن حق مقيد بالقيود الشرعية ومالكه أشبه ما يكون بالوكيل فيه ، ويراد بهذا الحق اداء وظيفة معينة اي غرض معين يتلخص في جلب الخير والنفع لمالكه وللجماعة التي يعيش فيها عن طريق مراعاة حدود الشريعة وقيودها التي وضعتها بالنسبة لهذا الحق . والدليل على ما قلناه في وصف طبيعة حق الملكية الفردية ما يأتي :

أ ـ قوله تعالى : « وانفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه » . فهذا يدل على أن يد المالك على ماله أشبه ما تكون بيد الوكيل أو النائب . وان المال في الحقيقة ليس له وانما أودع اليه التصرف فيه على النحو الذي يأمره به مالكه الحقيقي وهو الله . قال الامام القرطبي ، أبو عبدالله محمد بن أحمد الانصاري القرطبي ، في تفسيره : « مما جعلكم مستخلفين فيه » دليل على ان أصل الملك لله سبحانه وان العبد ليس له فيه الا التصرف الذي يرضي

الله ... الى أن قال : وهذا يدل على انها ـ أي الاموال ـ ليست بأموالكم في الحقيقة وما أنتم فيها الا بمنزلة النواب والوكلاء فاغتنموا الفرصة فيها قبل أن تزال عنكم الى من بعدكم[1] .

ب ـ كراهية الشريعة تكدس الاموال بأيدي فئة قليلة وعدم تداولها بين الناس الفقراء لما يترتب على ذلك من مفاسد واضرار ، ولهذا قسم رسول الله (ص) ما أفاء الله عليه من أموال (بني النضير) على المهاجرين الفقراء دون الانصار عدا فقيرين منهم تحقيقا لقوله تعالى : « ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كي لا يكون دولة بين الاغنياء منكم ... »[2] . فكراهية الشريعة حبس الاموال بيد فئة قليلة يدل على أن الملكية يراد بها تحقيق وظيفة خاصة تسهم في تحقيق أغراض الشريعة ومنها اقامة مجتمع فاضل خال من الاحقاد والحسد والضغائن يجد فيه كل فرد ما يسد به حاجته وينفع به الآخرين . ومما يساعد على تحقيق اقامة مثل هذا المجتمع عدم تكديس الاموال والثروات بأيدي قليلة . كما أن في تحديد أنصبة الورثة تفتيتا للثروة ومنعا لتكديسها بيد واحدة أو أيدي قليلة فضلا عن الحكم الاخرى لهذا التحديد .

ج ـ قوله تعالى : « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما » فهذه الآية الكريمة تشير الى معان كثيرة ، منها : النهي عن وضع الانسان ماله في يد من لا يحفظه ولا يحسن استثماره . ومنها : النهي عن اعطاء السفهاء أموالهم لعجزهم عن استثمارها وحسن التصرف فيها ، بل يلزم الحجر عليهم وايداع أموالهم عند من يولى شؤونهم وهم القوام عليهم . ومنها : ان هذه الآية تخاطب المسلمين وتقول لهم ان هذه الاموال التي تملكونها جعلكم الله عليها قواما ووكلاء فلا ينبغي لكم أن تجعلوها في يد

---

(١) تفسير القرطبي ج١٧ ص٢٣٨

(٢) أنظر تفسير الطبري ج٢٨ ص٣٩ وتفسير القرطبي ج١٨ ص ١٦ .

من يضيعها[1] .

فهذه المعاني التي تشير اليها الآية تدل على أن المقصود بالمال اداء غرض معين للشارع وهو تثميره والقيام عليه على نحو معين صالح يؤدي الى الخير والنفع . فاذا عجز مالكه عن اداء هذه الوظيفة سلبت منه السلطة عليه ومنع من التصرف فيه حتى يرشد ويصلح لامانة الملكية . ولو كانت الملكية حقا مطلقا للمالك يتصرف فيه كما يشاء لما وضع الحجر على السفيه ومنع من التصرف في ماله .

٢٧٥ - قيود حق الملكية :

أما قيود حق الملكية فتظهر في تنظيم الشريعة لهذا الحق ايجادا وبقاء وتنمية وانفاقا وما ترتب فيه من حقوق للاخرين . ونحن لا نريد هنا التبسط في هذا التنظيم والافاضة في بيان وشرح هذه القيود وانما نريد التنبيه على جملة منها على النحو الآتي :

أولا : فيما يخص اثبات حق الملك وايجاده نجد ان هذا الحق لم يثبت أصلا لولا اثبات الشارع له واعترافه به وحمايته له وتقريره أسبابه. وأسبابه التي اعترف بها وجعلها منتجة له هي : العمل المشروع بصوره العديدة ومنها الصيد واحياء الموات واستخراج المعادن من الارض ونحو ذلك ، كما سنذكره فيما بعد . ومنها أيضا الميراث والعقود والتصرفات الناقلة للملكية ، كما سنذكره أيضا فيما بعد . وما عدا ذلك لا تعترف الشريعة به ولا تعتبره سببا للملكية كالسرقة والنهب والسلب والقمار وابتزاز أموال الناس بالباطل كالظلم والرشا والربا واستغلال السلطة والنفوذ ، فهذه الاسباب ونحوها لا تعتبر من الاسباب الشرعية لاكتساب الملكية .

ثانيا : فاذا ثبت الملك لانسان بناء على سبب شرعي فله أن يتصرف فيه وينميه على الوجه المشروع أي في الحدود التي رسمتها الشريعة والقيود

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ج٢ ص٥٩ - ٦٠ .

التي وضعتها له . فله استعماله واستغلاله وبيعه ووقفه وهبته ، وليس له أن ينميه بالغش[1] والاحتكار[2] والربا[3] ونحو ذلك مما ينافي مبادىء الشريعة وأحكامها والاخلاق التي دعتاليها وأمرت بها . كما ليس له أن يتعسف في استعمال ما يملكه أو يتصرف فيه على نحو مضر بالآخرين وقد مرت بنا قيود تصرف الجار في ملكه وقصة عمر ابن الخطاب والزامه محمد بن مسلمة في امرار الماء في أرضه لسقي أرض الضحاك ، وجواز التسعير عند الضرورة .

ثالثا : ومع احترام الشريعة لملك الانسان وابقائه عليه وعدم سلبه اياه ، الا أن الشريعة تبيح نزع الملكية ولو جبرا عن صاحبها تحقيقا للنفع العام أو دفعا للضرر . فمن ذلك نزع الملكية لتوسعه طريق أو نهر أو توسعه مسجد كما جرى في توسعة المسجد الحرام[4] . ومن صور دفع الضرر ، تقرير الشفعة ، كما سنبينه تفصيلا فيما بعد . وبيع مال المدين وفاء لدينه اذا ماطل بالوفاء مع القدرة على الايفاء . واجبار المحتكر على بيع ما عنده بقيمة المثل اذا كان في الناس حاجة الى ما عنده وأبى البيع بأكثر من هذه القيمة .

رابعا : وفيما يخص الحقوق المفروضة في المال المملوك أوجبت الشريعة فيه حق الزكاة وهو حق مفروض للفقراء ونحوهم ومقداره ٢½٪ من الذهب والفضة وقيمة العروض ، وبنسب أخرى معينة في الزرع والثمار

---

(١) جاء في الحديث الشريف (من غش فليس مني) .

(٢) جاء في الحديث الذي رواه مسلم وأبو داود والترمذي : (من احتكر فهو خاطىء) وفي الحديث الذي رواه الامام أحمد : (من احتكر طعاما أربعين يوما فقد برىء من الله وبرىء الله منه) .

(٣) قال تعالى : (يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا ان كنتم مؤمنين ، فان لم تفعلوا فاذنوا بحرب من الله ورسوله وان تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون) . وفي الحديث الذي رواه مسلم : (لعن رسول الله (ص) آكل الربا وموكله وكاتبه وشاهديه وقال : هم سواء) .

(٤) فتوح البلدان للبلاذري ص٥٨ .

والحيوانات والمعادن . وهذه المقادير تؤخذ من رأس المال وغلته اذا بلغ النصاب . كما أن لولي الامر أن يفرض في أموال الاغنياء الضرائب التي تحتاجها الدولة عند الحاجة ، كأن يخلو بيت المال وليس فيه ما ينفق منه على الجند ومصالح الدولة ونحو ذلك[1] . أما من جهة الانفاق فان الشريعة أمرت بالاعتدال في النفقة والابتعاد عن الترف الماجن المحظور والاسراف فيما لا ينفع ، وحببت للموسر سبل الانفاق في وجوه الخير وعون المحتاجين . واذا ما قصر الاغنياء في عون الفقراء والمحتاجين فان للدولة أن تفرض في أموالهم ما يكفي لتحقيق التعاون بين أفراد المجتمع واقامة العدالة الاجتماعية الاسلامية في المجتمع[2] .

ويخلص لنا من جميع ما تقدم أن الملكية في الشريعة الاسلامية وظيفة مودعة الى المالك من قبل الشريعة نفسها فهي التي قررت هذا الحق ورسمت حدود استعماله والانتفاع به والتصرف فيه ولم تتركه مطلقا لصاحبه . وقد هدفت من وراء ذلك كله تحقيق الخير والنفع للمالك نفسه وللجماعة واقامة مجتمع فاضل قائم على الفضيلة والتعاون النظيف الصادق بعيد عن الأثرة والحسد والتقاطع واضرار البعض بالبعض الآخر . وهكذا وبهذه القيود على حق الملكية يسهم هذا الحق في تحقيق أغراض الشريعة ، والشريعة لا تريد الا الخير والصلاح للناس أجمعين .

---

(١) الاعتصام للشاطبي ج٢ ص١٠٥ ، المستصفى للغزالي ج١ ص ٣٠٣ ، ٣٠٤ .

(٢) أنظر تفصيل ذلك في كتابنا أحكام الذميين والمستأمنين في دار الاسلام ص٢٠٠ – ٢٠٧ .

الفصل الثالث

أسباب الملك التام

٢٧٦ ـ للملك التام أسباب يترتب عليها ، وقد ذكرها الفقهاء وهي :
(أ) الاستيلاء على المال المباح (ب) والعقود الناقلة للملكية (ج) والخلفية ، أي الميراث ٠

الا ان بعض الفقهاء يضيف الى هذه الاسباب سببا آخر وهو التولد من المال المملوك كثمر الشجر ونتاج الحيوان فهما لمالك الشجر والحيوان لتولدهما من ملكه ٠ والواقع ان هذا ليس بسبب مستقل وانما هو ثمرة من ثمرات الملكية ، فمن خصائص الملك التام انه ينصب على ذات الشيء وعلى منفعته معا ٠ وما ذكروه من التولد من المال المملوك ليس الا ثمرة من ثمرات المال المملوك كالمنفعة المعنوية منه ، وعلى هذا فلا نعده سببا مستقلا للملكية ٠

ومن الفقهاء من يجعل الشفعة سببا مستقلا للملكية[1] وبعضهم يجعلها من جملة العقود الناقلة للملكية ولا يعتبرها سببا قائما بذاته[2] ونحن نؤثر اعتبارها سببا مستقلا لاننا سنبحثها بشيء من التفصيل ٠ وعلى هذا تكون أسباب الملك التام :

---

(١) الشفعة هي حق تملك المال المبيع (أي المشفوع فيه) من مالكه الجديد ولو جبرا عنه بما قام عليه من الثمن ، كما سنوضح ذلك فيما بعد ٠

(٢) من جعلها سببا مستقلا نظر الى أن الملك يثبت للشفيع بتمسكه بحق الشفعة وطلبه تملك المشفوع فيه ، والطلب ليس عقدا ولا استيلاء ولا ارثا فتكون الشفعة سببا مستقلا ٠ ومن اعتبرها من جملة العقود نظر الى أن الملك لا يثبت بمجرد الطلب ، بل يثبت بالتراضي بين الشفيع والمشتري وهذا عقد جديد أو يثبت الملك بقضاء القاضي عند اباء المشتري اجابة طلب الشفيع ، وقضاء القاضي بمثابة عقد يقوم به نيابة عن المشتري الممتنع ، وفي كلا التصويرين لا تكون الشفعة سببا مستقلا وانما من جملة العقود ٠

(أولا) الاستيلاء على المال المباح (ثانيا) العقود الناقلة للملكية كالبيع ونحوه (ثالثا) الميراث (رابعا) الشفعة •

٢٧٧ – وهذه الاسباب قد ينظر اليها باعتبارات مختلفة فنقسم الى تقسيمات مختلفة • فمن هذه التقسيمات ما يأتي :

أولا : أسباب اختيارية وأسباب جبرية :

فالاسباب الاختيارية هي التي تنشأ باختيار الشخص ومحض ارادته وتشمل الاستيلاء على المال المباح والعقود الناقلة للملكية والشفعة اذا طلبها صاحب الحق فيها •

أما الاسباب الجبرية فهي التي تتحقق بجعل من الشارع ولا دخل فيها لارادة الشخص وهذه هي الميراث • فالميراث خلافة شرعية عن الميت تثبت للوارث عن المورث بجعل من الشارع فهي سبب جبري لا دخل لارادة الوارث أو المورث فيها ، ولهذا يقال لا يدخل شيء في ملك انسان جبرا عنه الا الميراث • وهذه الخلافة انما تكون في الباقي من تركة الميت بعد تجهيزه وسداد ديونه وتنفيذ ما عساه قد أوصى به •

ثانيا : وأسباب الملكية منها ما هو منشيء لها ومنها ما هو ناقل لها •

فالمنشيء لها هو الذي يوجد الملكية بعد أن لم تكن موجودة أصلا وهذا هو الاستيلاء على المال المباح • والناقل للملكية لا ينشئها ، أي لا يوجدها بعد ان لم تكن وانما ينقلها فقط من شخص لآخر ويتناول هذا النوع العقود والميراث •

ثالثا : وتنقسم أسباب الملكية الى أسباب فعلية وقولية وأسباب تتحقق بلا دخل من الشخص المالك أو الشخص المنتقلة اليه الملكية •

فالفعلية هي الاستيلاء على المال المباح ولهذا يصح هذا السبب لافادة الملكية ممن لا يعتبر قوله كالمجنون والصغير المميز أو غير المميز • فاذا استولى واحد من هؤلاء على المال المباح استيلاء حقيقيا ملكه[1] •

---

(١) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص١٥ ، ومحمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص٢١٥ – ٢١٦ •

والقولية تتحقق بالعقود والشفعة • والاصل في العقود أن تكون بالقول كما سنبينه في فصل العقود ان شاء الله •

والثالثة تتحقق بالارث فهو يثبت الملك دون قول أو فعل لا من الوارث ولا من المورث وانما تثبت بجعل من الشارع كما قلنا •

هذا وسنتكلم عن كل سبب في مبحث على حده موجزين القول عن الميراث والعقود ومفصلين القول بعض التفصيل عن الاستيلاء والشفعة •

المبحث الاول

الاستيلاء على الاموال المباحة

٢٧٨ – يقصد بالاستيلاء حيازة الشيء المباح ووضع اليد عليه • ويتميز هذا السبب بأنه سبب منشيء للملكية وبأنه سبب فعلي لا قولي وبأنه مختص بالاموال المباحة لا المملوكة •

والمراد بالاموال المباحة جميع ما خلقه الله تعالى لعباده من مخلوقات في البر أو البحر أو الهواء كالحيوانات في الفلاة والاسماك ونحوها في المياه والطيور في الهواء وكالاشجار النابتة في الجبال والصحارى وكالارض الموات التي لا يملكها شخص • فكل هذه المخلوقات ونحوها يشترك الناس في الانتفاع بها شركة اباحة لا شركة ملك • ولا تملك الا باحرازها ووضع اليد عليها فاذا استولى عليها الانسان ملكها وحده دون غيره ولم يستطع غيره أن يمتلكها الا عن طريقه بسبب ناقل للملكية •

والاستيلاء على المال المباح يتنوع بتنوع المال نفسه نظرا لطبيعته ولهذا كانت له الانواع التالية :

أولا : الصيد • ثانيا : الاستيلاء على الكلأ والآجام • ثالثا : الاستيلاء على المعادن والكنوز • رابعا : احياء الارض الموات • وتتكلم عن كل نوع في مطلب على حدة •

المطلب الأول

الصيد

٢٧٩ - يطلق الصيد ويراد به الحيوان الممتنع على الانسان بفراره في الغابات ونحوها ، أو بالغوص في الماء ، أو بطيرانه في الهواء . فكل هذه الحيوانات - وهي بهذه الحالة - أموال مباحة سواء أكانت مأكولة اللحم أم لا ، فاذا خرجت عن امتناعها بأن وقعت في يد انسان فانها لا تسمى عند ذاك صيدا .

ويطلق الصيد أيضا ويراد به اقتناص الحيوان أي أخذه بشيء من الحيلة والحذق .

٢٨٠ - وقد أحل الله الصيد الا اذا كان الصائد محرما أو كان الصيد في الحرم[١] . وفي حل الصيد جاءت هذه الآيات الكريمة قال تعالى : « أحلت لكم بهيمة الأنعام الا ما يتلى عليكم غير محلي الصيد وأنتم حرم »[٢] « واذ حللتم فاصطادوا »[٣] « أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما »[٤] . « يسألونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله فكلوا مما أمسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه »[٥] ومن هذه الآيات نرى أن صيد البحر حلال دائما ، أما صيد البر فهو حلال في غير الحرم الا اذا كان الصائد محرما بحج أو عمرة . كما أن الآية الاخيرة تدل على أن ما تمسكه الحيوانات المدربة على الصيد حلال أكله لان الشارع اعتبر مسك

---

(١) الحرم منطقة معينة تحيط بالكعبة على أبعاد محدودة تتجاوز مكة مذكورة في كتب الفقه فهذه المنطقة تعتبر حرما آمنا لمن دخلها من حيوان أو انسان .

(٢) سورة المائدة ، الاية ١

(٣) سورة المائدة ، الاية ٢

(٤) سورة المائدة ، الاية ٩٦

(٥) سورة المائدة ، الاية ٤

الصيد من قبل الحيوان المدرب كذكاة له أي كالذبح المشروع ، الا أنه يشترط تسمية الله عند ارسال الحيوان المعلم على الصيد أو عند استعمال آلة الصيد كالبندقية .

٢٨١ – ويشترط في الصيد ليكون سببا للملك أن يتحقق به الاستيلاء والاستيلاء اما حقيقي واما حكمي .

أولا : الاستيلاء الحقيقي :

ويكون بامساك الصيد باليد أو بالاقتراب منه وهو حبيس في المصيدة أو متعلق بها بحيث لو مد الصائد يده اليه لأمسكه . وهذا النوع من الاستيلاء يفيد الملك التام على نحو مستقر دون حاجة الى نية أو قصد[١] . فاذا انفلت الصيد من المصيدة لم يخرج من ملكية الصائد وعلى من يصيده أن يرده الى صائده الاول لانه باستيلائه عليه استيلاء حقيقيا ثبتت له ملكيته ثبوتا مستقرا فلا يزول عنه هذا الملك بفراره منه كما لا تزول ملكية البعير ، مثلا ، عن صاحبه اذا شرد منه ... وهذا على رأي الجمهور كالحنفية والشافعية[٢] أما على رأي المالكية فانهم يفرقون بين حالتين : (الاولى اذا استأنس الصيد ثم فر بعد ذلك ففي هذه الحالة تبقى ملكيته لصائده وعلى من يمسكه أن يرده عليه الا اذا ظل فارا حتى عادت اليه وحشيته وزال استئناسه فهو لمن يمسكه . (الثانية) اذا فر قبل أن يستأنس عند صائده كأن فر حالا ففي هذه الحالة تزول عنه الملكية ويعود مالا مباحا وهو لمن يصيده[٣] .

ثانيا : الاستيلاء الحكمي :

وهذا يتم باستعمال وسيلة يصير بها الصيد غير ممتنع على الصائد . ويكون ذلك اذا أمكن أخذه بالفعل دون استعمال وسيلة أخرى ، وبتعبير

---

(١) الاستاذ محمد سلام مدكور ، المرجع السابق ، ص٣٠٦

(٢) البدائع للكاساني ج٦ ص١٩٣

(٣) منح الجليل في فقه المالكية ج١ ص٥٨٥

آخر يتحقق الاستيلاء الحكمي بتهيئة الصيد لان يستولي عليه الصائد استيلاء حقيقيا بأخذه فعلا أو بالتمكن من أخذه فعلا • فضرب الحيوان بسلاح يجرحه ويمنعه من الفرار ، وحفر حفرة يسقط بها الحيوان ولا يستطيع خلاصا ، ونصب شبكة يتعلق بها الصيد ولا يجد مخرجا منها ، كل ذلك ونحوه يتحقق به الاستيلاء الحكمي •

وهذا النوع من الاستيلاء الحكمي يفيد ملكا غير مستقر ، بمعنى أن الصيد اذا تمكن بطريقة ما أن ينفلت من المصيدة قبل أن يستولي عليه الصائد استيلاء حقيقيا فانه يعود مالا مباحا لا ملكية لاحد عليه وهو لمن يصيده • أما اذا تبع الاستيلاء الحكمي استيلاء حقيقي فان الملكية التامة المستقرة تثبت عليه وفي هذه الحالة اذا فر الصيد فهو لمالكه كما ذكرنا أولا•

وانما يثبت الاستيلاء الحكمي وما يتبعه من ملكية غير مستقرة اذا كانت الآلة معدة للصيد واستعملها الصائد لهذا الغرض أو بدون قصد آخر غير الصيد • أما اذا استعملها بغير قصد الصيد كما لو نشر الصائد شبكته لتجفيفها فانها في هذه الحالة لا تصلح سببا للاستيلاء الحكمي فلو تعلق بها صيد لم يملكه ناشر الشبكة وهو لمن يمسكه ويستولي عليه استيلاء حقيقيا سواء أكان الماسك ناشر الشبكة أو غيره • أما اذا كانت الآلة غير معدة للصيد فيشترط فيها أن تستعمل بقصد الصيد حتى يتملك مستعملها ما يتعلق بها من صيد • أما اذا لم يستعملها بهذا القصد فالصيد لمن يستولي عليه • فاذا استعملها بهذا القصد وتعلق بها صيد ملكه ملكية غير مستقرة فاذا فر عاد مالا مباحا • ولكن اذا مسكه انسان وهو في المصيدة ونازعه مستعمل الآلة فهو لواضع الآلة لان بها خرج الصيد عن امتناعه وهو في سبيل الاستيلاء عليه حقيقة[1] •

---

(١) الاستاذ محمد سلام مدكور ، المرجع السابق ، ص٣٠٨

المطلب الثاني

الكلأ والآجام

٢٨٢ ـ الكلأ هو الحشائش التي تنبت في الارض فان كانت الارض غير مملوكة فهو على الاباحة وان كانت مملوكة فهو على الاباحة أيضا ان لم يتعهده صاحب الارض بالسقي ونحوه من وسائل الانبات ، ولكل واحد أن يستولي عليه وينتفع به وعلى صاحب الارض أن لا يمنع المحتاج أن يأخذ حاجته منه اذا لم يجد غيره في أرض غير مملوكة . ويعلل الامام الكاساني الحنفي ذلك بأن الارض لا تملك عادة لغرض استغلالها بالكلأ أي أن الكلأ غير مقصود عادة من تملك الارض فيبقى على الاباحة[1] .

والواقع أن الحديث الشريف ورد بأن الناس شركاء في ثلاثة : الماء والكلأ والنار . وهذا الحديث بظاهره يفيد أن الكلأ يبقى على الاباحة مطلقا سواء نبت في أرض مملوكة أو غير مملوكة ، بعمل من صاحب الارض أو بغير عمله . وهذا ما ذكره الفقهاء كالامام الكاساني الحنفي[2] . الا أن الامام أبا عبيد القاسم بن سلام ذهب الى أن اباحة الكلأ وشركة الناس فيه انما هو بالنسبة للنابت في أرض غير مملوكة[3] ، فهذا هو معنى الحديث عنده . أما اذا نبت الكلأ في أرض مملوكة ولو بدون عمل من صاحبها فان الكلأ يكون لصاحب الارض ، ولكن لا يطيب له منه الا بمقدار حاجته ، ولا يحل له أن يمنع أحدا من الانتفاع بالزائد عن حاجته . ويحتج ابن سلام لقوله بحديث آخر جاء فيه : « لا يمنع فضل الماء ليمنع به فضل الكلأ »[4] . وما ذهب اليه هذا الامام هو ما نرجحه .

أما الآجام فهي الاشجار الملتفة ، وحكمها انها تكون مباحة اذ وجدت

---

(١) الكاساني ج٦ ص١٩٢
(٢) الكاساني ج٦ ص١٩٣
(٣) الاموال لابي عبيد بن سلام ص٢٩٧
(٤) الاموال لابي عبيد بن سلام ص٢٩٧ ـ ٣٠٠

في أرض غير مملوكة • أما اذا كانت في أرض مملوكة فهي لصاحب الارض ولا يجوز لاحد الانتفاع بها بدون اذن صاحبها • وانما فارقت الكلأ في الحكم لان الارض تمتلك لاستثمارها بما ينبت فيها من أشجار ولا تمتلك لاستثمارها بالكلأ عادة فافترق الحكم بينهما[1] •

المطلب الثالث

المعادن والكنوز

٢٨٣ ـ المعادن ـ أو كما يسميها الفقهاء بالفلزات ـ هي ما يوجد في باطن الارض من الاموال كالذهب والفضة والحديد ونحو ذلك لا بفعل الانسان ولكن بخلق الله وايجاده •

والكنز هو ما دفنه الانسان ونحوه • أو ما اندفن في الارض بحادث من الحوادث كالخسف أو الزلزال • ويسمى الاثنان ـ أي المعدن والكنز ـ باسم الركاز ، وهذا عند فقهاء العراق كالحنفية[2] • وغيرهم من الفقهاء يفرقون بين الاثنين ، فمنهم من يقصر اسم الركاز على المال المدفون في الارض « أي الكنز » ، ومنهم من يجعله اسما للمعدن دون الكنز[3] •

٢٨٤ ـ أحكام المعدن :

المعادن ثلاثة أنواع ، فهي اما معادن جامدة صلبة تقبل الطرق والسحب كالذهب والفضة ، واما معادن صلبة لا تقبل الطرق والسحب كالماس والياقوت ، واما معادن سائلة كالزئبق والبترول •

وقد اختلف الفقهاء في حكم هذه المعادن ونحن نوجز القول في بيان آرائهم •

---

(١) الخراج لابي يوسف ص١٠٣ ـ ١٠٤ ، الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص٢٦ •

(٢) المبسوط للسرخسي ج٢ ص٢١١ ، الكاساني ج٢ ص٦٥ ، الزيلعي ج١ ص٢٨٧ ـ ٢٨٨ •

(٣) الاموال لابن سلام ص ٣٣٨ ـ ٣٤٠

أولا : عند المالكية[1] : تعتبر هذه المعادن بأنواعها ملكا لعموم المسلمين أي للدولة سواء وجدت في أرض مملوكة أو غير مملوكة ، وللدولة أن تتصرف فيها كما تشاء بما يحقق المصلحة العامة للمسلمين لانها ملكهم وما الدولة الا نائبة عنهم في التصرف فيها بما يعود عليهم بالنفع فلها أن تقطعها لفرد أو شركة لمدة معينة بأجر معلوم على سبيل الانتفاع والاستغلال لا على سبيل التمليك اذ لا يجوز للدولة أن تملكها لاحد . ويعلل المالكية هذا الرأي بأن المسلمين (الدولة) ملكوا هذه المعادن يوم استولوا عليها باستيلائهم على الارض فتبقى هذه الملكية للدولة وان وزعت هذه الاراضي على الغانمين أو صارت لغيرهم . لان من يملك هذه الارض يملك ظاهرها فقط باعتبار أن الارض انما تملك عادة بقصد استغلالها بالزراعة والعمارة فلا يكون المقصود من تملكها تملك ما فيها من معادن باطنة . وعلى هذا تبقى ملكية الدولة لهذه المعادن كما كانت أولا . وعلى هذا التصوير المالكي لا يكون الاستيلاء على المعادن من أسباب الملكية حتى ولو كان المعدن في أرض مملوكة .

ثانيا : وعند الحنفية . ان هذه المعادن تكون تابعة للارض فتأخذ حكمها فان كانت في أرض مملوكة فهي لمالك الارض وان كانت في أرض مباحة فهي مباحة وتكون لواجدها أي لمن يستولي عليها ويحوزها . وحجة هذا الرأي ان المعادن جزء من الارض والجزء يأخذ حكم الكل (أي الارض) فاذا كان مملوكا كان جزؤه (أي المعدن) مملوكا ، واذا كان الكل غير مملوك فالجزء مثله في الحكم أي غير مملوك[2] . وعلى هذا التصوير للمسألة يكون الاستيلاء على المعادن الموجودة في الارض المباحة من أسباب الملكية .

ثالثا : وهناك رأي ثالث بين الرأيين الاولين فهو تارة يميل الى الرأي

---

(١) الشرح للصغير للدردير ج١ ص٣٥٩ وما بعده ، والاستاذ محمد سلام مدكور ، المرجع السابق ، ص٣١١ .

(٢) محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص٢١٦

الاول وطورا يتجه ويأخذ بالرأي الثاني • فالحنابلة مثلا يرون أن المعادن في الارض المباحة ان كانت من المعادن الظاهرة التي يمكن الوصول اليها بلا كلفة ولا مؤونة أو بشيء يسير من المؤونة فانها لا تملك بالاستيلاء عليها وان كانت أرضها مباحة ، لتعلق حق الكافة في الانتفاع بها ، ولا يجوز للدولة أن تملكها لاحد أو تقطعها لاحد من الناس وانما عليها أن تتعهدها وتقوم عليها بالنحو الذي يحقق النفع للجميع • أما المعادن التي لا يمكن التوصل اليها الا بكلفة وجهد فالقول الظاهر في المذهب الحنبلي ـ وهو ظاهر مذهب الشافعي ـ لا تملك أيضا بالاستيلاء عليها ، وهناك قول في المذهب الشافعي يحتمله المذهب الحنبلي أيضا انها تملك بالاستيلاء عليها • هذا كله اذا كانت الارض غير مملوكة ، أما اذا كانت الارض مملوكة فيفرق الحنابلة بين المعادن الجامدة والسائلة ، فالاولى تكون لمالك الارض لانه ملك الارض بجميع أجزائها وطبقاتها والمعدن الجامد يعتبر جزء منها ، أما المعادن السائلة كالقار والنفط ففي المذهب الحنبلي رأيان أظهرهما لا تملك لقول النبي (ص) « الناس شركاء في ثلاثة : في الماء والكلأ والنار » ولان هذه المعادن لا تعتبر كجزء من الارض فلا تملك تبعا للارض • والرأي الثاني في المذهب أن صاحب الارض يملكها لانها خارجة من ملكه فاشبهت الزرع والمعادن الجامدة[1] •

والراجح من هذه الآراء ما ذهب اليه المالكية لما في هذا الرأي من تحقيق مصلحة عامة ، ولان في تعليلهم لرأيهم قوة ووجاهة تدعو الى ترجيحه على غيره لا سيما اذا استحضرنا ما قلناه من أن الملكية في الشريعة تبدو كأنها وظيفة مودعة لدى المالك لتحقيق غرض معين هو النفع العام للجميع وبضمنهم المالك نفسه •

٢٨٥ ـ هذا وان الحنفية مع قولهم الذي ذكرناه عنهم جعلوا لبيت المال حقا في المعدن فأوجبوا فيه الخمس ان كان من المعادن الصلبة التي تقبل الطرق (أي النوع الاول) ولم يوجبوا في النوعين الآخرين شيئا للدولة •

---

(١) المغنى لابن قدامة ج٥ ص٥٢٠ ـ ٥٢٢

وحجتهم في ذلك ان الحديث الشريف ورد فيه : « ... وفي الركاز الخمس » والركاز عندهم يشمل المعدن والكنز والمراد بالمعدن هنا ما كان من النوع الاول فقط لان النوعين الآخرين يشبهان أحجار الارض وأطيانها وماءها وهذه لا يجب فيها شيء للدولة فكذا ما يشبهها . فيكون المراد (بالركاز) في الحديث الكنز والنوع الاول من المعادن دون غيرها . وهذا الخمس يثبت للدولة سواء وجد في أرض مملوكة أو غير مملوكة على رأي أبي يوسف ومحمد ، وعلى رأي أبي حنيفة يثبت اذا كان في أرض غير مملوكة فقط ، فان كان في مملوكة فلا شيء للدولة . أما الباقي فهو لواجده ان كان في أرض غير مملوكة ، ولمالك الارض ان كان في أرض مملوكة . وان كان المعدن من النوعين الآخرين فكله للواجد أو لمالك الارض .

أما غير الحنفية من أصحاب الرأي الثالث فلا يرون في المعدن شيئا للدولة وانما قالوا : يجب فيه الزكاة ان بلغ نصابا . وحجتهم ان (الركاز) الوارد في الحديث مصروف الى المال المدفون ، أي الكنز ، فليس المقصود به المعدن .

٢٨٦ ـ أما معادن البحر كاللؤلؤ والمرجان فعند أبي يوسف ومن وافقه ، فيها الخمس لبيت المال والباقي لمن استولى عليه . وحجتهم ان هذه المعادن تأخذ حكم الغنيمة وفيها الخمس لبيت المال . والرأي الآخر للفقهاء انه لا يجب في هذه المعادن شيء للدولة وانما هي لواجدها ، أي لمن يستولي عليها لان ماء البحار وما فيها مباحة للكافة فمن يستولي على معدنها انما يستولي على مال مباح فيملكه كله بالاستيلاء ولا يأخذ حكم الغنيمة[1] .

٢٨٧ ـ الكنز وحكمه :

قلنا ان الكنز هو ما دفنه الانسان في باطن الارض من ذهب وفضة ونحوهما . وهو عند الفقهاء نوعان : كنز اسلامي وكنز جاهلي ، ولكل نوع حكم يخصه على النحو الآتي :

---

(١) تاريخ التشريع الاسلامي للاستاذ محمد سلام مدكور ص٣١٢ . وأبو حنيفة لا يرى فيما يخرج من البحر شيئا : الخراج لابي يوسف ص٧٠ .

أولا : الكنز الاسلامي : وهو ما فيه علامة أو دلالة على أنه دفن بعد الاسلام كأن تكون عليه كتابات اسلامية ، كآية من قرآن ، أو تاريخ اسلامي ، أو اسم الرسول (ص) ونحو ذلك •

وحكم هذا النوع انه باق على ملك صاحبه فلا يكون مالا مباحا فلا يملك بالاستيلاء عليه ولا يجب للدولة فيه شيء لا الخمس ولا غيره ويكون حكمه حكم المال الضائع « أي اللقطة » وعلى واجده أن يعرفه[1] ، فان ظهر مالكه دفعه له ، وان لم يظهر صاحبه اختلف الفقهاء ، فعند أبي حنيفة يتصدق به واجده على الفقراء وله أن ينتفع به ان كان فقيرا • وعند الشافعية والحنابلة اذا لم يظهر صاحبه بعد التعريف والانتظار فلواجده أن يتملكه وينتفع به الا أنه اذا ظهر صاحبه وجب عليه أن يرده له ان كان موجودا ويعطيه قيمته ان لم يكن موجودا • وعند المالكية اذا لم يظهر صاحبه فهو لبيت المال ، ان كان الكنز في أرض فتحها المسلمون قهرا ، والا فيكون لواجده[2] •

ثانيا : الكنز الجاهلي : وهو ما فيه علامة أو دلالة على انه دفن قبل الاسلام كما لو وجد عليه صورة وثن أو اسم حاكم من حكامهم أو عرف ذلك بدليل معقول •

وحكمه ان فيه الخمس لبيت المال ، أما الباقي فقال البعض انه لواجده سواء أكان في أرض مملوكة أو غير مملوكة • وقال فريق آخر من الفقهاء انما يكون الباقي لواجده اذا وجده في أرض غير مملوكة فان كان قد وجده في أرض مملوكة لغيره فلا شيء له ولا لمالك الارض الحالي ، وانما يكون لاول من ملك الارض في الاسلام أو لورثته ان وجدوا وعرفوا فان لم يكن واحد من هؤلاء فيكون لبيت المال •

(١) وتعريف اللقطة يكون لمدة سنة وقيل أكثر أو أقل من هذا • وانما يجب التعريف في المال غير اليسير أما اليسير فلا يجب فيه التعريف واختلف في مقداره فقيل يترك ذلك للعرف وقيل بل يحدد بمقدار معين كربع دينار : أنظر المغنى ج٥ ص٦٣١ – ٦٣٤ •

(٢) المغنى ج٥ ص٦٣٦ وما بعدها • وتاريخ التشريع الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مدكور ص٣١٣ •

المطلب الرابع

أحياء الارض الموات

٢٨٨ – الارض الموات التي تملك بالاحياء ، هي الارض غير المملوكة لاحد ، الخارجة عن العمران ولا يتعلق بها حق أحد ولا ينتفع بها لاي سبب كان • ويترتب على هذا التعريف ما يأتي :

أولا : الارض المملوكة لا تكون مواتا وان كانت غير منتفع بها بأن تركها صاحبها حتى صارت خربة مهجورة فلا تملك بالاحياء •

ثانيا : الارض الداخلة في العمران لا تكون مواتا فلا تملك بالاحياء لان الشرط أن تكون خارجة عنه •

ثالثا : الارض المنتفع بها بأي وجه من وجوه الانتفاع لا تكون مواتا ، كالارض التي تعلق بها حق ارتفاق للقرية بأن تكون مستودعا لقمامة القرية أو مسيلا لمائها أو محتطبا لها أو مرعى لانعامها أو مناخا لابلها ونحو ذلك •

رابعا : أما بعد الارض عن العمران فهذا شرط عند بعض الفقهاء كأبي يوسف وأحد القولين في المذهب الحنبلي وليس بشرط عند البعض الآخر من الفقهاء كالشافعي واحدى الروايتين عن أحمد بن حنبل • ووجهة الرأي الاول ان الارض اذا كانت قريبة من العمران كانت في مظنة الانتفاع بها لصلاحيتها لهذا الانتفاع فتنزل في الحكم منزلة المنتفع بها فعلا • أما وجهة الرأي الثاني فهي ان المعتبر في كون الارض مواتا أو غير موات هو الانتفاع الفعلي بها وعدمه ولا تأثير لقربها أو بعدها عن العمران • أما حد البعد على رأي مشترطيه فقد اختلفوا فيه وأولى ما قيل فيه تركه للعرف كما هو مذهب الحنابلة والشافعية(١) •

٢٨٩ – والارض الموات كما عرفناها مال مباح يملك بالاستيلاء عليه الا أن هذا الاستيلاء لا يكون بوضع اليد فقط ، بل باحياء الارض كما جاء

---

(١) الاحكام السلطانية للماوردي ص١٧١ المغني ج٥ ص٥١٧ •

في الحديث الشريف : « من أحيا أرضا ميتة فهي له » فعلق التملك بالاحياء لانه مظهر الاستيلاء . والاحياء يكون بالقيام بعمل يجعل الارض صالحة للانتفاع بها بالزراعة أو غيرها ، أي أن احياء كل أرض يكون بتهيئتها للانتفاع الملائم لها ، وذلك بازالة المانع من تحصيل هذا الانتفاع . كأيصال الماء الى الارض الزراعية بحفر الآبار وشق الترع والجداول وتجفيف الماء ان كانت مغمورة به واقامة السدود لمنع طغيان الماء واصلاح التربة وتسميدها وقلع أحجارها وحرثها وجعلها بحال يمكن زرعها ، أو اقامة البناء عليها ونحو ذلك من الاعمال التي تجعل الارض منتفعا بها . فلا يشترط عمل معين لتحقق الاحياء ، بل كل ما يعده العرف احياء ويتحقق به الانتفاع من الارض فهو احياء ، وهذا هو الرأي المقبول وعليه بعض الحنابلة والشافعية ويؤيده الحديث الشريف : « من أحيا أرضا ميتة فهي له » . فالاحياء جاء مطلقا غير مقيد بصفة معينة وما لم يحدده الشرع أو يعينه يصار في تعيينه الى العرف[1] .

٢٩٠ ـ التحجير :

قلنا ان تملك الموات يكون بالاستيلاء عليها ، والاستيلاء لا يكون الا باحيائها ، والاحياء لا يتم الا بفعل من واضع اليد بجعل الارض منتفعا بها . وعلى هذا فما يقوم به مريد الاحياء من أعمال تمهيدية ، لا يجعل الارض منتفعا بها ، لا يعد احياء كما لو أحاطها بأحجار أو وضع عليها علامات ، فهذه الافعال لا تعتبر أحياء وانما تدل فقط على سبق وضع اليد عليها وتنبيء عن رغبة واضع اليد في احيائها . وهذه الافعال التمهيدية للاحياء هي التي يسميها الفقهاء (بالتحجير) . ولا يترتب على التحجير ملك لصاحبه ، لان الملكية تثبت بالاحياء وليس التحجير باحياء وانما تمهيد له ليثبت له به حق الاولوية بالاحياء فيكون أحق من غيره في احيائها . وهذا الحق موقوت بمدة ثلاث سنوات ، فان أحياها خلال هذه المدة فهي له وان لم يحيها ، بل أهملها

---

(١) الاحكام السلطانية للماوردي ص١٧١ ، المغني ج٥ ص ٥٣٨ ـ ٥٣٩ .

نزعها منه الامام وأعطاها لغيره لانه لا يصح ابقاء الارض معطلة بيد المتحجر لا ينتفع بها ولا يدع غيره ينتفع بها • والاصل في امهال المتحجر هـذه المدة ما روي عن النبي (ص) : « •• من أحيا أرضا ميتة فهي له وليس لمتحجر حق بعد ثلاث سنين » • ويروي هذا الاثر أيضا منسوبا لعمر بن الخطاب دون النبي (ص) ولكن يحمل على سماعه منه[1] •

ولكن نتساءل هنا هل يعتبر حق المحتجر في امهاله هذه المدة حقا مانعا للغير من تملك الارض بالاحياء ، بمعنى أن غيره لو أحياها فعلا لم يملكها ، أم ان هذا الحق حق أولوية في الاحياء فقط فيملكها غيره اذا أحياها فعلا ؟ رأيان للفقهاء : فذهب رأي الى أنه حق أولوية في الاحياء لا يكسب ملكا وتبقى الارض لمن يحيها فعلا ، سواء أكان المحي هو المحتجر أم غيره ، وعلى هذا الرأي الشافعي وبعض الحنابلة والحنفية • وذهب رأي آخر الى أن الارض لا تملك بالاحياء من قبل الغير في هذه المدة لان حـق المحتجر في الارض حق مانع للغير من احيائها وتملكها بهذا السبب • وحجـة الرأي الاول ان سبب الملكية الاحياء لا التحجير ، فمن قام به ثبت له الملك لانـه ما دام المحتجر لم يحيها بعد فهي على الاباحة • وحجة الرأي الثاني ما روي عن النبي (ص) : « من أحيا أرضا ميتة في حق غير مسلم فهي له » ، وما روي عنه (ص) أيضا : « من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو أحق به »[2] • فهذا يدل على أن حق المحتجر في الارض حق مانع للغير من تملكها بالاحياء طيلة المدة المقررة له وهي ثلاث سنوات •

٢٩١ – اذن الامام بالاحياء :

قلنا ان احياء الارض سبب لتملك الارض الموات • ولكن هل يشترط فيه اذن الامام (الحكومة) أم لا ؟ ذهب فريق من الفقهاء الى أن اذن الامام بالاحياء شرط لتملك الارض • فلو أحياها بدون اذن الامام لـم يملكها ،

---

(١) الاموال لابن سلام ص٢٩٠ ، والخراج لابي يوسف ص٦١ ، ٦٥
(٢) المغني ج٥ ص٥١٩ ، الاحكام السلطانية للماوردي ص١٧٢ ، فتح القدير ج٨ ص١٣٩ •

وعلى هذا الرأي أبو حنيفة والجعفرية على ما يذكره الطوسي عنهم . وذهب فريق آخر الى أنه ليس بشرط ، فالموات تصير ملكا لمن يحيها سواء كان الاحياء باذن الامام أو بغير اذنه ، وعلى هذا الرأي الشافعي وأحمد بن حنبل وأبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني . احتج الاولون بأن الاحياء بدون اذن الامام قد يدعو الى الخصام والنزاع فلا بد من الاذن لدفع هذا الفساد . كما احتجوا برواية عن النبي (ص) : « ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه » وانما تطيب نفسه اذا أذن له . واحتج الآخرون بعموم الحديث : « من أحيا أرضا ميتة فهي له » وليس فيه شرط الاذن من الامام فلا يصح اشتراطه[1] . والظاهر من هذا الخلاف ان اذن الامام ليس بشرط لعدم وروده في الحديث : من أحيا أرضا .. الخ ، وهو حديث أصح سندا من الاول . الا أنه اذا كان هناك تنازع أو ضرر فيبدو أن الاذن يلزم في هذه الحالة عملا بحديث : (وليس لعرق ظالم حق)[2] .

٢٩٢ ـ حكم الارض بعد تركها أو تعطيلها :

اذا أحيا شخص أرضا مواتا فتملكها ثم هجرها وعطلها حتى عادت مواتا فهل تزول عنه ملكيتها وتعود مالا مباحا أم تبقى ملكا له ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة . وجملة القول فيها ان الارض ان كانت لمعين فهي تبقى على ملك صاحبها فلا تملك بالاحياء وهذا قول الحنابلة والشافعي وأبي حنيفة . وقال مالك ، بل تصير مالا مباحا فتملك بالاحياء . احتج الاولون بأن الاحياء لا يجري في الارض المملوكة وهذه أرض مملوكة ثبت ملكها بسبب مشروع فلا يزول عنها الملك بالترك والتعطيل كسائر الاملاك الثابتة بالشراء . واحتج الامام مالك بعموم الحديث : « من أحيا أرضا ميتة فهي له » وهذه أرض ميتة حقيقة فيجري فيها الاحياء ، وبأن أصل هذه الارض مال مباح تملكها صاحبها بالاحياء لينتفع بها وينتفع الآخرون باحيائها

---

(١) المغني ج٥ ص٥٤٣ ، الماوردي ص١٧١ ، الخلاف للطوسي ج٣ ص٢٢٢ ، الخراج لابي يوسف ص٦٤ .

(٢) وهذا رأي الامام أبي يوسف الذي ذكره في كتابه الخراج ص٦٤

فاذا عطلها عادت الى حالتها الاولى من الاباحة كمن يأخذ ماء من نهر ثم يرده اليه فانه يعود مباحا .

أما اذا كانت الارض لغير معين أي غير معروف ففي المذهب الحنبلي قولان : الاول : انها لا تصير مالا مباحا فلا تملك بالاحياء ، وهذا قول الشافعي أيضا . وعلى هذا فانها تكون لبيت المال ارثا . والقول الثاني في المذهب الحنبلي انها تعود مالا مباحا فتملك بالاحياء تشبيها لها بالموات التي لم يجر عليها ملك مالك وبأن هذه الارض لا حق لاحد معين فيها ، وهذا قول الامام مالك وأبي حنيفة[1] .

المبحث الثاني

العقود الناقلة للملكية

٢٩٣ ــ وهذه العقود كثيرة منها البيع والهبة والوصية بالاعيان ونحو ذلك . وهذا النوع من أسباب الملكية يجري في الاموال المتقومة فلا يكون في الاموال المباحة مثلا ولا فيما لا يجوز الانتفاع به . فالمال المباح لا يباع ولا يوهب لانه ليس بمملوك للبائع ولا للواهب . والخمر لا ترد عليها هذه العقود الناقلة للملكية بين المسلمين أما بين الذميين (أي غير المسلمين) فان العقد يرد عليها ويظهر أثره فتنتقل ملكية الخمر من مالكها الى الآخر . وعلى هذا اذا كان المال متقوما صح أن تنتقل ملكيته من شخص لآخر بعقد من هذه العقود بناء على تراضي الطرفين[2] ، كمن يهب سيارته لآخر ويقبل

---

(١) المغني ج٥ ص٥١٣ ــ ٥١٥ . ويلاحظ هنا ان في زوال ملكية الارض بتعطيلها بعد تملكها بالاحياء دلالة على ما قلناه في أول هذا المبحث من أن الملكية في الفقه الاسلامي تبدو وكأنها وظيفة يراد بها تحقيق النفع العام ونفع المالك نفسه .

(٢) وهناك حالات ينزع فيها الملك جبرا عن صاحبه كما في نزع الملك للمنفعة العامة كتوسيع طريق ، وكما في بيع ملك المدين جبرا عنه وفاء لدينه .

الموهوب له الهبة أو كمن يتزوج امرأة على هـــذه السيارة مثـلا ، فبتمام الايجاب والقبول تنتقل ملكية السيارة الى المرأة ، وكما لو تراضى الزوجان على الخلع نظير مال معين معلوم فانه يصير ملكا للزوجة بتمام عقد الخلع • وهكذا • وسيأتي تفصيل القول عن العقود وأنواعها فيما بعد •

المبحث الثالث

المـيراث

٢٩٤ ـ الميراث خلافة جبرية بحكم الشارع لا دخل فيها لارادة الانسان • وبهذا السبب الشرعي تثبت خلافة الوارث للمورث فيما يملكه فيحل محله فيمـا كان له من أموال وحقوق ماليـة في لحظة وفاته • فتنتقل تركة الميت الى ورثته الشرعيين بنسبة سهامهم المقدرة شرعا دون ايجاب أو قبول وسواء أكانت تركة الميت منقولات أو عقارات • وتكون ملكية الوارث لهذه التركة بعد سداد ما عليها من ديون وبعد تنفيذ وصايا الميت في حدود ثلث التركـة وفيما زاد على الثلث اذا أجازه الورثة • فان لم يكن للميت وارث وضعت التركة في بيت المال ، اما على اعتبار أنها ارث أو على اعتبار أنها مال لا مالك له ، على اختلاف بين الفقهاء ليس هنا محل تفصيله •

المبحث الرابع

الشـــفعة

٢٩٥ ـ الشفعة في اصطلاح جمهور الفقهاء هي حق تملك العقـار المبيع من مشتريه ولو جبرا عليه بالثمن الذي اشتراه به مع المصاريف[1] •

فلو باع انسان داره الى غير جاره فان للجـار أن يتملك المبيع من

---

(١) وقد عرف القانون المدني العراقي الشفعة بما يقرب من التعريف الذي ذكرناه ، أنظر المادة ١١٢٨ •

مشتريه ولو بدون رضاه بالثمن الذي اشتراه به مضافا اليه نفقات الشراء كأجور الدلالة ورسوم التسجيل • وقد سمى الفقهاء هذا النوع من التملك بحق الشفعة وصاحبه بالشفيع والعقار الذي بسببه صار شفيعا بالمشفوع به والعقار المبيع بالمشفوع فيه •

٢٩٦ ـ ومشروعية الشفعة ثبتت بالسنة النبوية من ذلك : « قضى رسول الله (ص) بالشفعة في كل ما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » • وفي صحيح مسلم : « قضى رسول الله (ص) بالشفعة في كل شركة لم تقسم : ربعة أو حائط ، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فان شاء أخذ وان شاء ترك ، فاذا باع ولم يؤذن فهو أحق به » • وفي حديث آخر : « الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا » ، وفي حديث آخر : « جار الدار أحق بالدار » • « الجار أحق بصقبه »[1] •

فهذه الاحاديث وغيرها تدل على مشروعية الشفعة وانها حق مقرر لمن تحقق فيه سبب الشفعة كالشركة والجوار •

أما الغرض من تشريعها أو حكمة تشريعها فهو دفع الضرر المتوقع عن الشفيع من المشتري الجديد • كما ان فيها تهيئة الفرصة للشريك لان يصفو له الملك وينفرد به وينجو من ضيق الشركة بتملكه حصة شريكه •

وقد يعترض على تشريعها باعتراضين : (الاول) انها خلاف قاعدة الرضائية في العقود ، وهذه القاعدة قطعية نصت عليها الشريعة • فالاصل في العقود التراضي والشفعة تناقض هذا الاصل ، لان الشفيع يأخذ المبيع جبرا على مشتريه ، مع أن البيع يجب أن يتم برضا الطرفين • (الثاني) أن في الشفعة ضررا على المشتري بتفويت ما كان يرجوه من نفع بشرائه العقار المشفوع فيه فكيف يدفع الضرر عن الشفيع باضرار المشتري ؟

---

(١) أنظر تيسير الوصول الى جامع الاصول في حديث الرسول ج١ ص٧٦ •

ومعنى : ربعة أي دار • ومعنى حائط أي بستان • ومعنى الصقب أي القرب في الجوار •

ولكن يمكن الرد على الاعتراض الاول بأن الشفعة اذا خالفت قاعدة التراضي في العقود فقد وافقت قاعدة دفع الضرر عن الغير • قال عليه الصلاة والسلام (لا ضرر ولا ضرار) • ويرد على الاعتراض الثاني بأن دفع الضرر عن الشفيع أولى من تحصيل نفع مرجو للمشتري عملا بقاعدة دفع المفاسد أولى من جلب المنافع ، فضلا عن ان الشفيع أحق بالمشفوع فيه من من المشتري بنص الشارع ومن كان أحق من غيره في شيء فمصلحته فيه أولى بالرعاية من مصلحة ذلك الغير •

وعلى هذا فالشفعة نظام قانوني سليم شرعا وعقلا وهو من جملة الانظمة التي امتازت بها الشريعة الاسلامية وهي لا تمتاز الا بالافضل وبما هو خير • وقد أخذ القانون المدني العراقي بنظام الشفعة واستقى أحكامه من مختلف المذاهب الاسلامية ، وجاء بأحكام جديدة هي في جملتها لا يضيق بها الفقه الاسلامي ، بل تتفق مع روحه • وقد أفرد للشفعة المواد من المادة ١١٢٨ ـ ١١٤٤ • وكذلك أخذ القانون المدني المصري بنظام الشفعة وخصص له المواد من المادة ٩٣٥ ـ ٩٤٨ • وسنشير الى بعضها في أثناء كلامنا عن أحكام الشفعة •

٢٩٧ ـ في أي شيء تثبت الشعفة ؟

يفهم من التعريف الذي قدمناه للشفعة انها لا تثبت الا في العقار وعلى هذا رأي جمهور الفقهاء مع بعض التفصيلات والاختلافات اليسيرة فيما بينهم ، وهذا ما أخذ به القانون المدني العراقي وكذا المصري[١] • وقال فقهاء الظاهرية تثبت حتى في المنقول • ونذكر فيما يلي كلمة موجزة عن هذين الرأيين :

أولا : رأي الجمهور : وعندهم لا تثبت الشفعة الا في العقار ، كما قلنا ، وهي الارض وما اتصل بها من بناء أو غراس اذا بيع مع الارض فانه يؤخذ بالشفعة تبعا للارض • ومثل البناء والغراس في تبعيته للارض ما

---

(١) أنظر المادة ١١٣٣ من القانون المدني العراقي ، والمادة ٩٣٥ من القانون المدني المصري •

يعتبر من لوازم وتوابع العقار عادة كأسلاك الكهرباء وأنابيب الماء وأقفال الابواب ومفاتيحها ، فهذه الاشياء تدخل في الشفعة تبعا للعقار • أما الزرع اذا بيع مع الارض فعلى مذهب أبي حنيفة ومالك تجري فيه الشفعة خلافا للشافعي والحنابلة والجعفرية[1] •

والجمهور مع اتفاقهم على جريان الشفعة في العقار المبيع الذي يقبل القسمة ، اختلفوا في العقار الذي لا يقبل القسمة • فذهب الحنفية والثوري وهو أحد القولين في مذهب مالك وأحمد بن حنبل الى أن الشفعة تجري فيه خلافا للشافعي والجعفرية[2] •

احتج الجمهور لرأيهم ، في قصر موضوع الشفعة على العقار ، ببعض الاحاديث التي رأوها دالة على ما ذهبوا اليه ، ومنها ما ذكرناه في مشروعية الشفعة • وأما في اختلافهم في جريان الشفعة فيما لا يقبل القسمة ، فقد احتج كل فريق منهم ببعض الآثار وبالحكمة من تشريع الشفعة • فقد احتج المانعون بما روي عن النبي (ص) أنه قال : « لا شفعة في بئر » • وبأن الذي لا ينقسم لا يسبب للشريك ضررا لان المشتري لا يستطيع طلب قسمته ولا يضطر الشريك الى احداث مرافق خاصة به •

واحتج المجيزون للشفعة فيما لا ينقسم بعموم قوله عليه السلام : « الشفعة فيما لم يقسم » وبأن الضرر هنا أكبر من الضرر فيما ينقسم[3] • وهذا هو الراجح •

ثانيا : مذهب الظاهرية : وعندهم تثبت الشفعة في العقار كما تثبت في المنقول سواء أكان العقار قابلا للقسمة أم غير قابل لها وسواء أكان المنقول متصلا بالعقار أم منفصلا عنه • وسواء بيع مع العقار أو بيع مستقلا عنه[4] •

---

(١) الخلاف للطوسي ج٢ ص١٨٠ ، المغني ج٢ ص٢٨٧ • ويلاحظ هنا ان العقار اذا بيع مع منقول ليس من لوازمه وتوابعه كبيع دار مع سيارة فان الشفعة تثبت في الدار فقط دون السيارة •

(٢) العقار القابل للقسمة هو ما يمكن الانتفاع بكل قسم منه بعد القسمة الانتفاع الذي كان قبلها والا لم يكن قابلا للقسمة •

(٣) المغني ج٢ ص٢٨٩ وما بعدها •

(٤) المحلى ج٩ المسألة رقم ١٥٩٤

وعن أحمد بن حنبل رواية توافق مذهب الظاهرية وقد نصرها ابن القيم بالمنقول والمعقول • كما ان في مذهب مالك توسعا في موضوع الشفعة فقد أجاز الشفعة في السفينة وفي بعض المنقولات الاخرى كالخضروات والزروع اذا بيعت مستقلة[1] •

احتج الظاهرية ببعض الاحاديث مثل الحديث الذي رواه ابن أبي ملكية ان الرسول (ص) : « قضى بالشفعة في كل شيء » • كما أنهم ردوا على الجمهور بأن الشفعة اذا كان مبناها دفع الضرر عن الشفيع فهذه العلة موجودة في المنقول كما هي موجودة في العقار ، وموجودة فيما لا ينسقم كوجودها فيما ينقسم ، بل هي فيما لا ينقسم أشد ضررا •

والراجح من القولين قول الظاهرية لان حجتهم أقوى ونظرهم أسد ، أما ما احتج به الجمهور فلا ينهض حجة لما ذهبوا اليه ، فالاحاديث التي ذكروها ليست صريحة في الدلالة على المنع من الشفعة في المنقول فيكون القول بجريان الشفعة فيه هو الموافق للقياس فضلا عن الاحاديث الدالة بعمومها على ان الشفعة تكون في المنقول والعقار على حد سواء •

٢٩٨ – سبب استحقاق الشفعة :

يرى جمهور الفقهاء وهم الشافعية والمالكية والحنابلة والجعفرية والظاهرية أن سبب استحقاق الشفعة هو الشركة في ذات العقار المبيع • ويزيد الظاهرية على هذا الشركة في المنقول أيضا كما قلنا • ويزيد الجعفرية الشركة في حق المرور في الطريق الخاص • وعلى هذا فالذي له حق الشفعة هو الشريك في ذات المشفوع فيه والشريك في حق الطريق على رأي الجعفرية •

أما الحنفية فعندهم الشفعة تثبت اما بالشركة في ذات العقار المبيعة حصة شائعة منه ، أو بالشركة في الحقوق الارتفاقية الخاصة بالعقار المبيع ، أو بالجوار الملاصق للعقار المبيع • ونتكلم فيما يلي عن كل سبب على حدة :

---

(١) المغني ج٥ ص٢٨٨ اعلام الموقعين ج٢ ص٨٧ ، الشرح الصغير للدردير ج٢ ص٢٥٢ •

أ ـ الشفعة بسبب الشركة في ذات العقار : فاذا كان العقار مشتركا بين اثنين فأكثر وباع أحد الشركاء حصته الشائعة فللشركاء الآخرين جميعا حق الشفعة في الحصة المبيعة • فان كان مشتريها أحد الشركاء اشترك معه فيها الشركاء الآخرون ما عدا البائع ، وان كان مشتريها أجنبي اشترك فيها جميع الشركاء عدا الشريك البائع •

ب ـ الشركة في الحقوق الارتفاقية الخاصة بالعقار المبيع : ويقصد بها حق الشرب الخاص وحق الطريق الخاص وحق المسيل الخاص • والشرب الخاص هو ما يحصى عدد الشركاء فيه ، واختلف في هذا العدد ، والراجح ان كون الشرب خاصا أو غير خاص متروك لرأي القاضي مستهديا بالعرف القائم • أما الطريق الخاص فهو الطريق الذي يكون لاصحابه الحق في منع غيرهم من المرور فيه سواء أكان نافذا أو غير نافذ • والقول في المسيل الخاص ما قيل في الشرب الخاص •

وعلى هذا فلا تثبت الشفعة بسبب الاشتراك في حق الشرب العام كالشرب من نهر دجلة ، ولا بالاشتراك بحق المرور في طريق عام ، ولا بسبب الاشتراك في مسيل عام •

ج ـ الشفعة بسبب الجوار : ونعني بالجوار هنا الملاصق للعقار المبيع فيستحق الشفعة كل جار عقاره يلاصق العقار المبيع بأي نوع من أنواع الملاصقة ، أي سواء أكانت الملاصقة بجميع حدود العقار المبيع أو ببعضها أو بجزء من حد منها ، فجميع الملاصقين بأي صفة كانت ملاصقتهم سواء في استحقاق الشفعة ولا امتياز لاحد منهم على الآخر • ومن الجوار الملاصق اتصال العلو بالسفل فلصاحب كل منهما حق الشفعة في ملك الآخر •

وعلى هذا فالشفعة عند الحنفية يستحقها : (أ) الشريك في ذات العقار الشائع • (ب) الشريك في حق ارتفاق للعقار المبيع ويسمى الشريك هنا بالخليط • (ج) والجار الملاصق •

٢٩٩ ـ مراتب الشفعاء عند الحنفية :

ليس الشفعاء في مرتبة واحدة ، فالشركاء في ذات العقار هم في المرتبة

الاولى ويقدمون على من سواهم ، لان العبرة في تقديم شفيع على آخر انما هو بقوة السبب ، والشركة أقوى أسباب الشفعة لان الشريك شـريك في كل ذرة من ذرات العقار . وهم سواء في استحقاق الشفعة وان امتاز بعضهم على بعض بسبب آخر من أسباب الشفعة كأن يكون أحدهم خليطا زيادة على كونه شريكا ، لان العبرة بقوة السبب لا بتعدد أسباب الشفعة ، فاذا استووا في السبب القوي استووا في استحقاق الشفعة . فان لم يوجد واحـــد من الشركاء فالشفعة للخلطاء ويعتبرون في مرتبة واحدة بالنسبة لغيرهم ولكنهم على مراتب فيما بينهم ، فيقدم الشريك في الشرب الخاص على الشريك في الطريق الخاص ، ويقدم الشريك في الطريق الخاص على الشريك في المسيل الخاص ، ولا عبرة بامتياز بعضهم على بعض بسبب آخر كأن يكون أحدهم ملاصقا مع كونه خليطا . فاذا لم يوجد واحد من الخلطاء فالشفعة للمجاورين الملاصقين لا فرق بين جار وآخر ولا امتياز لواحد على آخر بطول التلاصق أو قصره ولا بكون جواره أفقيا أو رأسيا .

٣٠٠ ـ تزاحم الشفعاء :

اذا كان المستحق للشفعة واحدا وطلبها فهي له وان كان المستحقون أكثر من واحد ولم يطلبها الا واحد فهي للطالب دون غيره واذا طلبها أكثر من واحد ففي هذه الحالة صورتان :

الصورة الاولى : اذا كانوا من مرتبة واحدة : فعند الحنفية الشفعة لهم جميعا ويقسم المشفوع فيه بينهم على عدد رؤوسهم بالسوية بغض النظر عن أي اختلاف فيما بينهم كأن يكونوا شركاء وأنصبتهم مختلفة . أو يكونوا خلطاء في الشرب الخاص وعقاراتهم مختلفة قربا وبعدا عن المجرى الخاص . أو يكونوا جيرانا وعقاراتهم الملاصقة مختلفة طولا وقصرا ومن جانب واحد أو أكثر من جانب واحد .

وعند الشافعية والمالكية والحنابلة اذا طلب الشركاء في ذات العقـــار المشاع الشفعة في الحصة المبيعة فان المشفوع فيه يقسم بينهم قسـمة تناسبية

بنسبة حصصهم بعضها الى بعض ، ولا يقسم عليهم بالسوية بعدد رؤوسهم كما يقول الحنفية • وبقول الحنفية أخذ القانون المدني العراقي اذ جاء في الفقرة الثانية من المادة (١١٣١) : واذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة فالاستحقاق بالشفعة يكون بينهم على التساوي • أما القانون المدني المصري فقد أخذ برأي الجمهور فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة (٩٣٧) : واذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه •

وأساس الخلاف بين القولين يرجع الى تكييف المسألة ووجهة النظر اليها • فالجمهور يعتبرون الاخذ بالشفعة كغلة المال المشترك وثمرته ، فكما أن الغلة تقسم على الشركاء بنسبة حصصهم في المال المشترك فكذلك ما يستحقونه بالشفعة يكون بنسبة حصصهم في المشفوع به • أما الحنفية فيرون أن سبب الاستحقاق واحد ولا أهمية لاختلافهم في السهام في المشفوع به • وحيث ان السبب واحد في الجميع فالكل في الاستحقاق سواء ، ألا يرى لو أن أحدهم انفرد لاخذ المشفوع فيه كله فاذا اجتمع مع غيره شاركه في المشفوع فيه على وجه التساوي • أما القياس على تقسيم غلة المال المشترك ، كما يقول الجمهور ، فهو قياس مع الفارق لانه لا يصح أن يكون المشفوع فيه – وهو ملك الغير – ثمرة ملك الشفعاء ، لانهم يستحقون تملك المشفوع فيه بحكم الشارع لا باعتباره ثمرة من ثمرات ملكهم أو متولدا عنه • والشارع أعطاهم هذا الحق بوصفهم شركاء دفعا للضرر عنهم وهم في هذا الوصف ولزوم دفع الضرر سواء فيقسم بينهم بالسوية • وقول الحنفية هو ما نرجحه•

الصورة الثانية : أن يكونوا من مراتب مختلفة : ففي هذه الصورة يحجب أصحاب المرتبة العليا أصحاب المرتبة الدنيا • فلو طلب الشفعة شريك وخليط وجار ملاصق فالشفعة للاول فان أسقط حقه فهي للثاني وان سقط حقه فهي للثالث • ويحتجون بحديث رووه وصح عندهم وهو : « الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع » والمقصود بالشريك الشريك في ذات العقار ، والخليط الشريك في حق ارتفاق للعقار المشفوع

فيه والشفيع هو الجار • وقال أبو يوسف اذا أسقط الشفعة أصحاب المرتبة العليا فلا يستحقها من بعدهم من أصحاب المرتبات الاخرى لان مجرد وجود أصحاب المرتبة العليا يحجب أصحاب المراتب الاخرى وان أسقط أصحاب المرتبة العليا حقهم فيها قياسا على مسائل الميراث • فالابن يحجب الاخوة سواء استحق الميراث أو لم يستحق ، ولكن الراجح في المذهب الحنفي وما عليه ظاهر لرواية هو القول الاول لا قول أبي يوسف وهـذا ما نرجحه ، لان جميع الشفعاء يستحقون الشفعة وقد انعقد فيهم سبب الاستحقاق وانما لم يستحق المتأخر لوجود المتقدم فاذا زال المانع انتج السبب أثره وهو استحقاق الشفيع المتأخر الشفعة • وبهذا الرأي أخذ القانون المدني العراقي[1] وهو المفهوم من القانون المدني المصري[2] •

٣٠١ ـ شروط الشفعة :

استحقاق الشفعة يستلزم توافر شروط معينة فاذا فات شرط منها فلا شفعة • وهذه الشروط هي :

أ ـ أن يكون كل من المشفوع فيه والمشفوع به عقارا •

ب ـ أن يخرج المشفوع فيه من ملك صاحبه خروجا باتا وبعوض مـــالي •

ج ـ بقاء المشفوع به في ملك صاحبه حتى تتم الشفعة •

د ـ عدم رضا الشفيع بالبيع •

٣٠٢ ـ أولا : أن يكون المشفوع فيه والمشفوع به عقارا :

وهذا على رأي الجمهور ، أما الظاهرية فليس هذا بشرط لان الشفعة تجري عندهم في المنقول كما تجري في العقار •

وقد بينا من قبل المقصود بالعقار وما تجري فيه الشفعة وما يتبعه من منقول فلا نعيده هنا • هذا وان الحنفية الحقوا العلو بالعقار فأثبتوا فيـــه

---

(١) أنظر المادة ١١٣٦ الفقرة الاولى •

(٢) أنظر المادة ٩٤٨ فقد جاء فيها : يسقط الحق في الاخذ بالشفعة اذا تنازل الشفيع عن حقه في الاخذ بالشفعة ولو قبل البيع •

الشفعة[1] لصاحب السفل كما أثبتوا به الشفعة اذا بيع السفل • وذهب محمد بن الحسن الى ثبوت الشفعة لصاحب العلو حتى لو بقي له مجرد حق التعلي بأن تهدم بناؤه[2] •

٣٠٣ـ ثانيا : خروج المشفوع فيه من ملك صاحبه بصورة نهائية وبعوض مالي:

وعلى هذا فالبيع الفاسد ولو تبعه قبض المشتري للمبيع لا يترتب عليه استحقاق الشفعة لان الواجب في البيع الفاسد فسخه لا بقاؤه الا اذا عمل المشتري فيه ما يتعذر معه رده الى بائعه كأن يزيد فيه زيادة لا يمكن فصلها عنه أو يقفه أو يهبه ففي هذه الاحوال يلزم البيع وتصح فيه الشفعة ويتملكه الشفيع بالقيمة لا بالثمن[3] • وكذلك لا شفعة في البيع بشرط الخيار للبائع طيلة مدة الخيار فاذا مضت دون فسخ تم البيع وثبتت فيه الشفعة أما لو كان الخيار للمشتري فلا يمنع من حق الشفعة لان الخروج أصبح نهائيا بالنسبة للبائع وهذا ما يتوقف عليه حق الشفعة[4] •

ولا بد أن يخرج المشفوع فيه من ملك صاحبه بعوض مالي ، مثليا كان هذا العوض أو قيميا ، كما لو بيع المشفوع فيه بمائة طن من الحنطة أو بألف دينار أو بالدار الفلانية ففي هذه الاحوال تثبت الشفعة للشفيع على أن يدفع المثل كما في الحنطة والدنانير ويدفع القيمة كما في الدار •

أما اذا خرج المشفوع فيه من ملك صاحبه بدون عوض أو بعوض غير مالي فقد اختلف الفقهاء ، ونجمل فيما يلي خلاصة أقوالهم :

أ ـ اذا كان الخروج بلا عوض أصلا كما في الهبة بغير شرط العوض، وكالوقف والوصية والميراث ففي هذه الاحوال لا شفعة في قول عامة العلماء • ولكن روي عن مالك ان الشفعة تثبت فيها عدا حالة الميراث ، ويتملك الشفيع

---

(١) المبسوط ج١٤ ص١٣٢ الفتاوى الهندية ج٥ ص١٦٦
(٢) المرجع السابق •
(٣) المبسوط ج١٤ ص١٤٩
(٤) الكاساني ج٥ ص١٣ ، الزيلعي ج٥ ص٢٤٢ ، الشرح الصغير للدردير ج٢ ص٢٥٣ •

المشفوع فيه بقيمته وهذا قول ابن أبي ليلى أيضا وهو الفقيه الكوفي المشهور. والحجة لهذا الرأي ان الشفعة ثبتت لازالة الضرر عن الشفيع والضرر قائم في هذه الاحوال فتثبت الشفعة • أما الجمهور فيحتجون بأن الشفيع يتملك المشفوع فيه بمثل ما تملك به المشتري ان كان ما دفعه مثليا وبقيمته ان كان قيميا ، والمالك الجديد ـ كالموهوب له ـ لم يتملك نظير عوض دفعه وانما تملك بالمجان فلا سبيل للقول بأن الشفيع يأخذه تبرعا أو بالقيمة أو بالمثل ، فضلا عن ان اباحة الشفعة في هذه الحالة تؤدي الى احجام الناس عن فعل الخير والمعروف[1] • وبقول الجمهور أخذ القانون المدني[2] •

ب ـ اذا كان الخروج بعوض غير مالي كما لو جعل المشفوع فيه مهرا للزوجة أو عوضا في الخلع أو بدلا في صلح عن دم القتيل أو بدلا عن منفعة كخدمات طبيب أو أتعاب محام أو عمل عامل •• فهل تثبت الشفعة في هذه الصور أم لا ؟ ذهب الحنفية وأحمد بن حنبل في ظاهر مذهبه والامام الشعبي الى المنع من الشفعة لان الشفيع يتملك المشفوع فيه بمثل ما تملك به المشتري أو بقيمته ولا سبيل لهذا في هذه الاحوال لان العوض فيها ليس بمال فلا مثل له ولا قيمة •

وقال مالك وابن أبي ليلى والشافعي تجب الشفعة • واختلفوا بم يأخذ الشفيع ؟ قال الشافعي يتملكه بقيمة البدل وهو مهر المثل في حالة جعل العقار مهرا للمرأة أو بدلا عن خلعها ودية القتيل في حالة جعل العقار بدل الصلح عن دمه وأجر مثل الطبيب أو المحامي أو العامل في حالة جعل العقار عوضا عن خدمات هؤلاء •

---

(١) بداية المجتهد ج٢ ص٢١٦ ، والمغني ج٥ ص٢٩١ •

(٢) نصت المادة ١١٣٣ من القانون المدني العراقي : لا تثبت الشفعة الا ببيع العقار المشفوع مع وجود السبب الموجب لها وقت البيع •

ونصت المادة ٩٣٥ من القانون المدني المصري : الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري •

ويلاحظ على المادتين ان المغني نهى ، ان الشفعة مقتصرة على حالة البيع فقط •

وقال مالك يلزم الشفيع اذا أخذ المشفوع فيه أن يدفع قيمته مهما بلغت ، أي يدفع قيمة العقار الذي أخرجه صاحبه من ملكه عوضا عن هذه المنافع من مهر أو نحوه • وهذا القول هو الاعدل والارجح لان الشفيع يتملك العقار المشفوع فيه بما قام على مالكه الجديد من ثمن ، وما قام عليه من ثمن تارة يكون مالا مثليا فيدفع الشفيع مثله وطورا يكون مالا قيميا فيدفع الشفيع قيمته ، فاذا تعذر هذا كله فالمصير الى تقويم المشفوع فيه ودفع قيمته من قبل الشفيع وهذا هو الاقرب لتحقيق العدالة والمماثلة من تقويم بدلـــه •

٣٠٤ – ثالثا : بقاء المشفوع به في ملك الشفيع حتى تتم الشفعة(١) :

أي يشترط أن يكون الشفيع مالكا للمشفوع به من وقت بيع المشفوع فيه حتى يتملكه بالشفعة • والحكمة في هذا الشرط هو ان المشفوع بـــه سبب ثبوت الشفعة فيجب أن يبقى السبب قائما حتى حصول نتيجته ، فاذا زال السبب قبل حصول النتيجة لم يعد سببا صالحا لتحقق أثره فلا يحصل الاثر • ويترتب على هذا الشرط ما يأتي :

أ – اذا باع الشفيع عقاره وبكلمة أجمع اذا خرج عن ملكه المشفوع به قبل أن يباع المشفوع فيه فلا شفعة له لعدم ملكيته المشفوع به وقت بيـع المشفوع فيه •

ب – اذا طلب الشفيع الشفعة الا أنه قبل أن يتملك المشفوع فيه باع المشفوع به ، فلا شفعة له ولا لمشتريه • أما هو فلانه لم يعد مالكا للمشفوع به وأما مشتريه فلانه لم يكن مالكا للمشفوع به وقت بيع المشفوع فيه •

ج – عند الحنفية ، اذا مات الشفيع بعد بيـع المشفوع فيـه وقبل أن يتملكه بالشفعة سقط حقه سواء طلب أخـذ المشفوع فيه أو لـم يطلبه •

---

(١) وبهذا أخذ القانون المدني العراقي فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة ١١٣٣ : ويشترط في العقار المشفوع به أن يكون ملكا للشفيع وقت بيع العقار المشفوع وأن يبقى مملوكا له الى وقت الحكم بالشفعة أو التراضي عليهـــا •

وليس لوارثه هذا الحق أيضا بصفة أصلية لانه لم يكن مالكا للمشفوع به وقت البيع كما أنه لا يرث هذا الحق عند الحنفية لان حق الشفعة لا يورث اذ ليس هو بمال وانما هو رغبة للمورث ، والرغبات لا تورث لانها صفات للشخص . وقال غير الحنفية كالشافعي وأحمد بن حنبل ومالك ان حق الشفعة يورث فيحل الوارث محل مورثه في هذا الحق اذا كان المورث طلبه في حياته[1] .

د ـ لا شفعة بالعقار الموقوف لا للناظر عليه ولا للمرتزقة فيه . أما الناظر فانه مشرف عليه ومدير له فليس هو مالك له . وأما المرتزقة فهم المستفيدون من غلة ومنافع الوقف وليسوا ملاكا له[2] .

٣٠٥ ـ رابعا : عدم رضا الشفيع بالبيع :

وحكمة هذا الشرط واضحة لان الشفعة ما شرعت الا لدفع الضرر عن الشفيع فاذا رضي ببيع العقار المشفوع فيه الى الغير كان ذلك منه دليلا على عدم تضرره بهذا البيع فلا معنى لاثبات الشفعة له . ولا يشترط أن يكون هذا الرضا صريحا ، بل يكفي أن يكون دلالة كما لو كان وكيلا عن البائع في بيع العقار المشفوع فيه فباعه لمشتريه أو كفله في ثمن العقار المبيع . ولكن يشترط على كل حال أن يكون رضاه غير مشوب بغش أو تدليس ، بأن يعلم بحقيقة الثمن ومقدار المبيع وشخص المشتري فاذا خفي عليه شيء من ذلك ورضي فلا يكون رضاه مسقطا لحقه في الشفعة . فاذا أخبره مخبر بأن الثمن ألف دينار أو ان المشتري هو فلان أو ان المبيع هو نصف الدار ، فرضي ثم تبين أن الثمن ثمنمائة أو ان المشتري ليس من سمي له أو ان المبيع هو كل الدار ، ففي هذه الاحوال يبقى له حق الشفعة ولا يكون رضاه أولا مسقطا لها . والحكمة في هذا واضحة لا تحتاج الى تفصيل .

---

(١) مختصر الطحاوي ص١٢٣ ، رد المختار ج٥ ص٢٥٨ ، الزيلعي ج٥ ص٢٥٧ ، كشاف القناع ج٢ ص٣٨ .

(٢) وبهذا أخذ القانون المدني العراقي : أنظر الفقرة (هـ) من المادة ١١٣٤ .

وهناك شروط أخرى جاء بها القانون المدني العراقي وقال ببعضها بعض الفقهاء[1] .

٣٠٦ – طريق الوصول الى الاخذ بالشفعة أو اجراءات طلب الشفعة :

حق الشفعة رخصة أعطاها الشارع لمن قام فيه سبب هذا الحق ليدفع الضرر عن نفسه فان شاء تمسك بهذا الحق وان شاء تركه فالامر متروك لتقدير صاحب الحق نفسه . فاذا أراد الانتفاع به واستعماله فعليه أن يسلك مسالك معينة تنبيء عن رغبته الاكيدة في التمسك بهذا الحق دفعا لما يتوقعه من ضرر محتمل لا يزول الا بأخذ المشفوع فيه بحق الشفعة . فعليه أن يتبع اجراءات طلب الشفعة والا سقط حقه فيها . ونذكر فيما يلي بايجاز الاجراءات اللازمة للتملك بحق الشفعة :

٣٠٧ – أن يطلب أخذ المشفوع فيه كله :

ان على الشفيع أن يطلب جميع المشفوع فيه بغض النظر عن كونه هو الشفيع الوحيد أو ان معه شفعاء آخرين في مرتبته أو أدنى منه أو أعلا منه وسواء طلب هؤلاء الشفعة معه أو لم يطلبوها.فالشرط الجوهري اذن أن يطلب الشفيع أخذ المشفوع فيه كله فاذا طلب بعضه سقط حقه في الشفعة . والحكمة في هذا هو أن الشفيع بطلبه بعض المشفوع فيه يكون قد رضي بشركة المشتري الجديد أو بجواره وهذا يدل على ان لا ضرر يلحقه من مشاركته أو مجاورته ، وحيث ان الشفعة ما شرعت الا لدفع الضرر وقد تبين ان لا ضرر عليه فلا معنى لبقاء الشفعة . وأيضا فان في تجويز طلب بعض المشفوع فيه تفريقا للصفقة على المشتري وفي هذا ضرر عليه فلا يجوز .

ولكن لو كان معه شفعاء آخرون فطلب أحدهم الشفعة في مقدار نصيبه من المشفوع فيه فهل يسقط حقه في الشفعة أم لا ؟ ذهب الامام أحمد بن حنبل ومحمد بن الحسن الشيباني وبعض أصحاب الشافعي الى السقوط .

---

(١) فلا شفعة في البيع بالمزايدة العلنية ولا في البيع بين الزوجين أو بين الاصول والفروع والحواشي الى الدرجة الرابعة ولا في البيع لما يراد جعله محل عبادة : المادة ١١٣٤ .

وقال أبو يوسف ان حقه ثابت لا يسقط الا بمسقط ولم يوجد فيبقى الحق له فان شاء أخذ الكل بالشفعة وان شاء ترك الكل[1] . والقول الاول هو الارجح لما قلناه أولا ولان الشفيع بتركه بعض المشفوع فيه قد أسقط حقه في البعض الآخر ، والشفعة حق ثبت بالشرع غير قابل للتجزئة دفعا للضرر عن الشفيع فلا يبقى على وجه التجزئة فيسقط .

ولكن لو كان المبيع متعددا كدارين مستقلتين فعلى الشفيع أن يطلبها جميعا على رأي أبي حنيفة وصاحبيه . وله أن يأخذ احداهما بحصتها من الثمن المسمى على رأي الامام زفر . احتج أبو حنيفة ان في اباحة الشفعة في احداهما فقط تفريقا للصفقة وفيها الجيد والرديء فيتضرر المشتري فلا يجوز . واحتج زفر ان تمايز أفراد المبيع ينفي التضرر لانتفاء الشركة فلا يكون تفريق الصفقة مدعاة للضرر فتجوز[2] .

ويلاحظ هنا ان تنازل الشفيع عن جميع حقه في الشفعة للمشتري أو لشفيع آخر لا يترتب عليه سوى سقوط حقه هو فيكون كل المشفوع فيه لجميع الشفعاء الآخرين .

٣٠٨ ـ مراحل الطلب :

قلنا أن الطلب يجب أن ينصب على كل المشفوع فيه وبينا السبب في هذا الشرط . والآن نبين كيف يجب أن يتقدم الشفيع بهذا الطلب حتى يتم له أخذ المشفوع فيه بحق الشفعة . على الشفيع أولا أن يطلب فور علمه بالبيع وهذا ما يسمى بطلب المواثبة . ثم يؤكد هذا الطلب وهذا يسمى بطلب التقرير . ثم يقوم برفع الامر الى القضاء ان لم يسلم له المشتري المشفوع فيه رضاء وهذا ما يسمى بطلب الخصومة . وتتكلم فيما يلي عن كل مرحلة بكلمة موجزة :

أ ـ طلب المواثبة :

على الشفيع أن يفصح عن رغبته في المشفوع فيه فور علمه بالبيع بأن

---

(١) المغني ج٥ ص٣٠٣ .
(٢) الكاساني ج٥ ص٢٥ المبسوط ج١٤ ص١٠٤ .

يقول ـ في مجلس علمه ـ ما يدل على رغبته في الشفعة فاذا أخبره مخبر بالبيع وبمقدار الثمن ومقدار المبيع واسم المشتري ثم تشاغل عن هذا الخبر بأمر آخر أو قام من المجلس كان معرضا عن الشفعة راغبا عنها فيسقط حقه فيها • لان الشفعة حق ضعيف فتجب المبادرة اليه ، ويروى في هذا حديث : « الشفعة لمن واثبها » أي أسرع الى طلبها[1] • ولكن لو أخبره المخبر بخلاف الواقع بأن سمى له غير المشتري الحقيقي أو ذكر له أكثر من الثمن الحقيقي فلم يطلب الشفعة لا يعد هذا اعراضا منه ولا يسقط حقه في الشفعة • والقانون المدني العراقي وسع على الشفيع فأباح له أن يظهر رغبته في الشفعة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ ابلاغه بالبيع من قبل البائع أو المشتري[2] •

ب ـ طلب التقرير :

ويلزم الشفيع بعد أن أظهر رغبته في الشفعة أن يقوم بما يؤكد هذه الرغبة فيعود الى طلب الشفعة مرة ثانية عند المشتري أو عند البائع اذا كان المبيع لا يزال في يده أو عند العقار المبيع • ويسمى هذا الطلب بطلب التقرير أو بطلب الاشهاد لان بعض الفقهاء يشترط الاشهاد عليه ، أما الآخرون فيرون الاشهاد مستحسنا حفظا لحق الشفيع عند انكار المشتري • ويقتضي أن يكون هذا الطلب بعد طلب المواثبة وأن لا يتجاوز به مدة تمكنه منه فان لم يقم بهذا الاجراء مع القدرة عليه سقط حقه في الشفعة • هذا وان طلب المواثبة اذا كان عند المشتري أو البائع أو العقار المبيع أغنى ذلك الطلب عن تكراره واعتبر طلب مواثبة لانه أول طلب ، كما اعتبر طلب تقرير لانه حصل عند أحد هؤلاء الثلاثة : المشتري ، أو البائع ، أو العقار المبيع[3] •

---

(١) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص٤٧ •

(٢) المادة ١١٣٨ : على من يريد الاخذ بالشفعة أن يعلن رغبته لكل من البائع والمشتري أو دائرة الطابو خلال خمسة عشر يوما من تاريخ انذاره بالبيع انذارا رسميا من البائع أو المشتري والا سقط حقه • ويجب أن يتضمن هذا الانذار بيان العقار المبيع بيانا واضحا وبيان الثمن وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ••• الخ •

(٣) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص٤٨ •

فاذا سلم المشتري بحق الشفيع في الشفعة وسلمه المبيع فقد تمت الشفعة واذا أبى المشتري وعارض الشفيع ولم يسلم له المشفوع فيه ، فعلى الشفيع أن يقوم بالخطوة الثالثة وهي طلب الخصومة .

ج - طلب الخصومة :

وهذا الطلب يقوم به الشفيع اذا نازعه المشتري في المشفوع فيه أو نازعه البائع ان كان المبيع في يده . ومعنى هذا الطلب أن يرفع الامر الى القضاء بأن يقيم دعوى الشفعة على المشتري ويدخل البائع في الخصومة اذا كان المبيع لا يزال بيده . أما وقت اقامة هذه الدعوى فمتروك الى رأي الشفيع على رأي أبي حنيفة ولا يسقط بالتأخير لان الحق قد استقر وتأخير المطالبة بالحق لا تسقطه . ويرى محمد بن الحسن وزفر وجوب رفع الدعوى خلال شهر من وقت طلب التقرير . وعند أبي يوسف يجب رفع الدعوى بعد طلب التقرير في أول مجلس للقضاء أي في أول فرصة يمكن رفع الدعوى فيها ويمكن للقاضي النظر فيها . وما ذهب اليه محمد وزفر هو الراجح لان في ترك الامر للشفيع دون تقييده بمدة اضرارا بالمشتري بلا مبرر . هذا وأن القانون المدني العراقي نص في المادة (١١٣٩) : « يجب على الشفيع أن يرفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوما من تاريخ اعلان رغبته والا سقط حقه » .

٣٠٩ - ما يجب على الشفيع أداؤه :

الشفيع يتملك المشفوع فيه بمثل ما تملكه به المشتري ان كان مثليا وبقيمته ان كان قيميا . فلا بد اذن من المماثلة والمساواة بين ما دفعه المشتري وبين ما يدفعه الشفيع ، لان الشفيع يحل محل المشتري في تملك المبيع وفيما دفعه فيه . وهذا الاصل وان كان متفقا عليه بين الفقهاء الا أنه حصل بعض الاختلاف في تطبيقاته . ونذكر من هذه التطبيقات مسألتين :

(الاولى) الاجل في الثمن :

اذا تملك المشتري المبيع بثمن مؤجل أو مقسط فهل يستفيد الشفيع

من هذا التأجيل أو التقسيط أم لا ؟ ومبنى الاختلاف هو : هل تعتبر المماثلة والمساواة بين ما دفعه المشتري وما يدفعه الشفيع في مقدار الثمن دون وصفه أم بهما معا ؟ قال الحنابلة المساواة والمماثلة تتحققان بمقدار الثمن وبصفته ، والتأجيل أو التقسيط من صفات الثمن فيلحقان به فيستفيد منهما الشفيع فلا يلزم بدفع الثمن حالا • ولكن اذا لم يكن الشفيع مليئا فعليه أن يقدم ضامنا مليئا وبهذا لا يخشى على المشتري من تأخير الثمن • وبقول الحنابلة قال مالك ، وهو أحد القولين عن الشافعي • وقال أبو حنيفة ان الشفيع اما أن يأخذ المشفوع فيه في الحال ويدفع الثمن حالا واما أن لا يأخذه حتى يحل موعد اداء الثمن فيطلبه رضاء أو قضاء ويسلم الثمن • فكأن الحنفية رأوا ان المماثلة والمساواة تتحققان بقدر الثمن لا به وبوصفه معا[1] •

والقانون المدني العراقي وكذا المصري نصا على أن الشفيع لا يستفيد من الاجل الممنوح للمشتري الا اذا رضي البائع[2] وهذا هو ما نميل اليه •

الثانية : الحط من الثمن والزيادة فيه :

اذا تم البيع ثم حط البائع من الثمن كأن كان الثمن (١٠٠٠) دينار ثم حط البائع منه مائة دينار أو زاد فيه المشتري مائة فهل يستفيد الشفيع من الحط ويتحمل الزيادة ؟ عند الحنفية ان المشتري يستفيد من الحط فلا يلزم بالالف في مثالنا وانما عليه أن يدفع تسعمائة لان الحط من الثمن يلحق بأصل العقد فيكون العقد كأنه انعقد ابتداء بتسعمائة لا بألف • أما الزيادة فانها لا تسري بحق الشفيع لئلا يضار بها فلا تلزمه وان كانت تلحق بأصل العقد • وقال الحنابلة لا يلزم الشفيع الا الثمن الذي استقر على المشتري بتمام العقد ولزومه ، فلا أثر لتنقيص الثمن أو زيادته في حق الشفيع ، لان الحط ابراء مبتدأ ولا يثبت ذلك في حق الشفيع ، والزيادة هبة يعتبر لها

---

(١) بداية المجتهد ج٢ ص٢١٧ • المغني ج٥ ص٣٢٣ • الخلاف للطوسي ج٢ ص١٨٣ •

(٢) أنظر المادة ١١٤٢ من القانون المدني العراقي ، والمادة ٩٤٥ من القانون المدني المصري •

شروط الهبة ولا يتأثر بهـا الشـفيع • وبقول الحنابلة ، قـال الشـافعي والجعفريـــة[1] •

٣١٠ - تصرفات المشتري في المشفوع فيه :

قد يتصرف المشتري في المشفوع فيه بأنواع التصرفات القولية والفعلية لانه مالك ومن حق المالك أن يتصرف في ملـكه كما يشاء فله أن يستعمله ويزيد فيه أو ينقص منه أو يبيعه أو يهبه أو يقفه • ولكن ما حكم هـــذه التصرفات بالنسبة للشفيع اذا تملكه بحق الشفعة ؟ هذا ما نذكره بايجـاز فيما يلي :

أولا : اذا تصرف المشتري في المشفوع فيه تصرفا يخرجه من ملـكه كأن يبيعه أو يهبه أو يقفه • فالجمهور من الفقهاء على عدم سريان هـــذه التصرفات في حق الشفيع فتبطل من تاريخ تملكه للمشفوع فيه ، وفي رواية عن أحمد بن حنبل ان الشفعة تسقط اذا كان تصرف المشتري بالمشفوع فيه بالوقف أو الهبة•هذا ، وان الفقهاء يشترطون لنقض هذه التصرفات أن يكون تملك الشفيع للمشفوع فيه عن طريق القضاء لا بالتراضي بينه وبين المشتري•

والقانون المدني العراقي وكذا القانون المدني المصري نصـا عـلى أن التصرف الناقل للملكية لا يسري بحق الشفيع اذا قام به المشتري بعد قيـام الشفيع بابلاغ رغبته في الاخذ بالشفعة[2] •

ثانيا : التصرفات الفعلية التي يترتب عليها زيادة في قيمة العقار ، وهذه اما ان تكون متصلة بالعقار ولا يمكن فصلها عنه ، كصبغ الجدران ، وفي هذه الحالة على الشفيع أن يدفع للمشتري ما زادته هذه التحسينات في قيمة العقار وقت البيع[3] • واما ان تكون الزيادة متصلة بالعقار ولها أمد لقلعها كالزرع ، فالمشتري ملزم بدفع أجر المثل للشفيع من تاريخ تملكه الى أوان قلعه ، وهذا عند الحنفية • وقال غيرهم كالحنابلة لا أجر عليه • أما البنـاء

---

(١) الخلاف ج٢ ص١٩٠ ، المغني ج٥ ص٣٢٢

(٢) المادة ١١٤٤ من العراقي ، والمادة ٩٤٧ من المصري •

(٣) الفتاوى الخانية ج٣ ص٥٤١

بقيمة المشتري أو الاشجار يغرسها ، فعند أبي حنيفة للشفيع أن يلزم المشتري بقلعها الا اذا أضر القلع بالارض فيتملكها بقيمتها منقوضة . وعند الحنابلة ومن وافقهم كالشافعي والليث والاوزاعي ومالك ، الشفيع مخير بين ثلاثة أشياء : ترك الشفعة أو دفع قيمة الغراس والبناء قائما ، أو قلع الاشجار والبناء ويضمن للمشتري ما نقص من قيمتها بالقلع[1] . وهذا اذا بنى المشتري أو غرس قبل طلب الشفيع الشفعة أما اذا كان البناء أو الغرس بعد الطلب فان المستفاد من أقوالهم هو أن المشتري يكون كالغاصب فيؤمر بالقلع أو يتملكه الشفيع بقيمته مقلوعا .

والقانون المدني العراقي أخذ برأي مقبول ، فنص على ان الشفيع ملزم بدفع مقدار ما زاد في قيمة العقار للمشتري اذا كان بناؤه أو غرسه قبل أن يبلغ الشفيع رغبته في الشفعة ، أما اذا كان البناء أو الغرس بعد تبليغه رغبته في الشفعة فان للشفيع طلب القلع أو تملكه مقلوعا اذا كان القلع يضر بالارض[2] .

ثالثا : التصرفات الفعلية التي تنقص به قيمة العقار كأن يهدم المشتري البناء أو يقلع الاشجار ، ففي هذه الحالة يتملك الشفيع المشفوع فيه بحصته من الثمن . وهذا الحكم نفسه فيما لو انهدم البناء لا بفعل المشتري ولكن قضاء وقدرا وهذا قول أبي يوسف والثوري وظاهر مذهب أحمد . وعند غيرهم الشفيع مخير في هذه الحالة بين أن يأخذ المشفوع فيه بالثمن المسمى وبين أن يترك الشفعة[3] .

٣١١ ـ مسقطات الشفعة :

الشفعة حق ضعيف يسقط بامور كثيرة منها ما قلناه أثناء كلامنا عن أحكام الشفعة وشروطها ، ونجمل الاسباب هنا بما يأتي :

أولا : اسقاط الشفيع حقه في الشفعة صراحة بعد تمام البيع ، أما قبله

(١) بداية المجتهد ج٢ ص١٢١ ، المغني ج٥ ص٣١٧ ـ ٣١٩ .
(٢) المادة ١١٤٣ .
(٣) المغني ج٥ ص٣١٩ .

فلا يكون اسقاط لانه غير موجود ، والاسقاط يرد على الحق الثابت الموجود لا المعدوم . هذا ما يذكره جمهور الفقهاء خلافا للظاهرية[1] . والقانون المدني العراقي وكذا المصري نصا على ان التنازل عن حق الشفعة يعد اسقاطا معتبرا ولو قبل البيع . وهذا ما نرجحه ويوافق قول الظاهرية وله سنده من الحديث الشريف : « قضى رسول الله (ص) بالشفعة في كل شركة لم تقسم : ربعة أو حائط ، ولا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فان شاء أخذ وان شاء ترك ... » .

ثانيا : اسقاط حق الشفعة دلالة كما لو صالح الشفيع المشتري على التنازل عن حق الشفعة نظير عوض مالي . فهذا يدل على رضا الشفيع بالمشتري فيسقط حق الشفعة ولا يستحق الشفيع العوض .

ثالثا : بالتنازل عن حق الشفعة لاحد الشفعاء .

رابعا : رضا الشفيع بالمشتري صراحة أو ضمنا كمساومته للمشتري في المبيع بعد علمه بشرائه من مالكه .

خامسا : عدم القيام باجراءات طلب الشفعة التي ذكرناها أو قيامه بها بعد فوات أوانها .

سادسا : زوال ملك المشفوع به عن ملك الشفيع .

سابعا : موت الشفيع قبل تملكه المشفوع فيه ولو بعد طلب الشفعة على رأي الحنفية ومن وافقهم .

ثامنا : طلب بعض المشفوع فيه على النحو الذي بيناه من قبل[2] .

---

(١) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص٥٢ .

(٢) وقد ذكر القانون المدني العراقي مسقطات الشفعة في ثنايا المواد التي خصصها للشفعة من ذلك الفقرة الاولى المادة (١١٣٩) ومنها عدم ايداعه صندوق المحكمة نصف ثمن المشفوع فيه : ف٢ من المادة ١١٣٦ ومنها تنازله عن حق الشفعة صراحة أو دلالة : فقرة (د) المادة ١١٣٤ وفقرة (و) من المادة ١١٣٤ .

الباب الثاني

نظرية العقد

تمهيــد

٣١٢ ــ العقد والتصرف :

العقد في اللغة الشد والربط ، تقول عقدت الحبل اذا شددته ، وعقدت الحبل بذاك اذا ربطته به . والعقدة موضع العقد وهو ما عقد عليه . فالعقد يطلق في اللغة على الجمع بين شيئين أو أكثر وربطهـا ، كما يطلق عـلى احكام الشيء وتقويته[١] .

وفي اصطلاح الفقهاء « العقد ربط بين كلامين أو ما يقوم مقامهما ينشأ عنه أثره الشرعي »[٢] . والمقصود « بالكلامين أو ما يقوم مقامهما » الايجاب والقبول ، ولهذا عرف العقد بأنه « عبارة عن ارتباط الايجاب الصـادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه »[٣] . ومعنى هذا أن العقد ينشأ بين طرفين تتجه ارادتهما الى انشاء أثر قانوني . وبهـذا يكون العقد في اصطلاح الفقهاء شبيها لمعناه في الاصطلاح القانوني ، اذ يعرفه رجال القانون بقولهم : « العقد توافق ارادتين على احداث أثر قانوني ، سواء كان هذا الأثر هو انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انهاؤه »[٤] .

التصــرف :

والتصرف في اصطلاح الفقهاء : « كل ما يصدر عن شخص بارادتـه

---

(١) المختار من صحاح اللغـة ص٣٥٠ ، الجصاص ج٣ ص٣٦٠ ، تفسير القرطبي ج٦ ص٣٢ .

(٢) الملكية ونظرية العقد للاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ص١٧١

(٣) مرشد الحيران للاستاذ محمد قدري باشا ، المادة ١٦٨ ص٢٧ . وقد أخذ القانون المدني العراقي بهذا التعريف بالفاظه ، أنظر المادة ٧٣ منه .

(٤) الوسيط للاستاذ الدكتور السنهوري ص١٣٨

ويرتب الشارع عليه نتائج حقوقية »[1] • وهو نوعان : تصرف فعلي ، وتصرف قولي • فالتصرف الفعلي يتم بفعل مادي غير قولي كالغصب والاتلاف • والتصرف القولي هو ما يصدر عن الانسان من قول يرتب الشارع عليه أثرا شرعيا[2] • والتصرف القولي ثلاثة أنواع : (الاول) تصرف يتكون من قولين صادرين من طرفين ويستلزم توافق ارادتين ، كما في البيع والاجارة ونحو ذلك ، وهذا هو العقد • (الثاني) تصرف يتكون من قول واحد يصدر من طرف واحد وبارادة واحدة ، وينشأ به التزام الانسان بمجرد ارادته وعبارته ، ويتضمن انشاء حق أو انهائه أو اسقاطه كالوقف والطلاق والابراء والتنازل عن حق الشفعة ، وهذا النوع من التصرف يسمى بالارادة المنفردة[3] • (الثالث) تصرف ليس فيه ارتباط بين ارادتين ، وليس هو ارادة واحدة تتجه الى انشاء حق أو اسقاطه ، وانما هو قول تترتب عليه أحكام مدنية وجزائية ، كالدعوى ، فهي طلب حق أمام القضاء ، وكالاقرار ، فهو اعتراف بحق ثبت في الماضي ، وليس هو انشاء لحق ، وكالحلف على نفي دعوى الخصم فهو اخبار تترتب عليه أحكام قضائية مدنية ، وكالاقوال التي تكون جريمة تعاقب عليها الشريعة كالقذف[4] •

ومن هذا العرض يتبين لنا وجه العلاقة بين التصرف وبين العقد ، فالاول أعم من الثاني ، لان العقد نوع من أنواع التصرف القولي ، وهو الذي ينشأ بارتباط ارادتين ويستلزم وجود طرفين • فكل عقد تصرف ، وليس كل تصرف بعقد • ومع وضوح هذا المعنى ، فان الفقهاء يطلقون في كتاباتهم اسم العقد على ما يتكون بارادة واحدة كما يطلقونه على ما يتكون بارادتين ، فتراهم يسمون اليمين والنذر والوقف والطلاق عقودا ، كما

---

(١) المدخل الفقهي العام للاستاذ مصطفى أحمد الزرقاء ص١٩٤ — ١٩٥ •

(٢) الاستاذ محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص١٦٥ •

(٣) الاستاذ مصطفى أحمد الزرقاء ، المرجع السابق ، ص١٤١

(٤) المرجع السابق ، ص١٩٥

يسمون البيع والرهن والاجارة عقودا[١] .

٣١٣ - الالتزام :

الالتزام ، في الاصطلاح الفقهي ، هو كون الانسان مكلفا ، على وجه الالزام ، بفعل أو ترك تجاه آخر ، كالتزام البائع بتسليم المبيع الى المشتري ، والتزام المشتري بتأدية الثمن ، والتزام الاجير بالعمل المستأجر عليه ، والتزام الوديع بأن لا يتعدى على العين المودعة[٢] .

ومن هذا التعريف للالتزام يتبين لنا وجه العلاقة بينه وبين التصرف . فالتصرف ، ومنه العقد ، مصدر من مصادر الالتزام ، أي أن التصرف هو السبب المنشىء للالتزام ، والالتزام أثر له .

٣١٤ - منهج البحث :

ان تجلية نظرية العقد في الفقه الاسلامي ، تستلزم الكلام عن تكوين العقد ، والعاقد ، ومحل العقد ، وعيوب العقد ، والخيارات فيه ، وأقسامه ثم انتهائه بالفسخ وغيره ، وهذا ما سنبحثه في هذا الباب في فصول متتابعة .

---

(١) العقود للامام ابن تيمية ص١٨ ، ٢١ ٧٨ ، أحكام القرآن للجصاص ج٣ ص٣٦٠ ، ٣٦١ ، اللباب في شرح الكتاب للميداني ج٣ ص ١٢٨ .

(٢) الاستاذ مصطفى أحمد الزرقاء ، المرجع السابق ، ص٢٠١ .

الفصل الأول

تكوين العقد

٣١٥ ـ تمهيـــد :

قلنا في تعريف العقد انه عبارة عن ارتباط الايجاب الصادر من أحـد العاقدين بقبول الآخر على وجه يظهر أثره في المعقود عليه . ومعنى هـذا ان العقد لا يوجد الا اذا وجد الايجاب والقبول ، والعاقدان ، والمحل أي المعقود عليه . وعلى هذا اتفاق الفقهاء ، ولكنهم يختلفون في اعتبار هــذه الامور كلها أركان العقد . فغير الحنفية يقولون انها أركان العقد ، والحنفية يقول ان أركان العقد هي الايجاب والقبول فقط وأما ما عدا ذلك من المحل والعاقدين فهي لوازم للايجاب والقبول لانـه يلزم من وجـود الايجاب والقبول وجود موجب وقابل ، ووجودهما مرتبطين يستلزم وجود محـــل يظهر فيه أثر هذا الارتباط[1] . ومهما يكن من شأن هذا الخلاف ، فنحن سنتكلم عن هذه الامور تباعا لانها ضرورية ولازمة لتكوين العقد ووجوده في الخارج . ونبدأ بالكلام عن الايجاب والقبول في مبحث أول ثم نتكلم ما به يتحقق هـــذا الايجاب والقبول ، وهو المسمى بصيغة العقـــد ، في مبحث ثان .

المبحث الأول

الايجاب والقبول

٣١٦ ـ تمهيـــد :

الايجاب ما صدر أولا عن أحد العاقدين ، والقبول ما صدر من العاقد

---

(١) الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص٢٤٠ .

الآخر ، فاذا قال شخص لآخر : بعتك هذا الكتاب بدينارين ، فقال الآخر قبلت ، كان ما قاله الاول هو الايجاب ، وما قاله الآخر هو القبول . فالعقد ينعقد ويكون له وجود خارجي بارتباط الايجاب بالقبول . ولكن يشترط لارتباط الايجاب بالقبول ، على نحو معتبر يترتب عليه انعقاد العقد ، جملة شروط نذكرها تباعا :

٣١٧ ـ أولا : أن يكون كل منهما معبرا عن ارادة معتبرة في انشاء العقد(١) :

الارتباط الذي يتكون به العقد ، هو في الحقيقة ، الارتباط بين ارادتي العاقدين ، وانما يستدل على هاتين الارادتين بالايجاب والقبول ، فكان من البديهي أن يشترط في هذا الايجاب والقبول وضوح الدلالة على ارادة كل من العاقدين المتجهة الى انشاء العقد ، فان كان في هذه الدلالة شك لم ينعقد العقد . ولا يلزم في هذه الدلالة الواضحة أن تكون بطريق الحقيقة ، بل يمكن أن تكون بطريق المجاز أيضا . ويشترط أيضا في الايجاب والقبول صدورهما من شخص مميز يدرك ما يقول وبهذا يكون تعبيره معبرا حقيقة عن ارادته ، فاذا صدرا من مجنون أو نائم أو صبي غير مميز ، كان هـذا الايجاب والقبول لغوا لا يترتب عليه شيء ، لانـه لا يعبر عن ارادة معتبرة في انشاء العقـد ، اذ لا ارادة للمجنون والنائم والصبي غـير المميز ومن في حكمهـم .

٣١٨ ـ ثانيا : موافقة القبول للايجاب(٢) :

ويتم توافق الايجاب مع القبول اذا اتحد موضوعهما بأن يردا على معنى واحد بجميع جزئياته ، سواء أكانت هذه الموافقة صريحة أم ضمنية . فلو قال شخص لآخر بعتك هذه السيارة بألف دينار فقال الآخر قبلت . فالموافقة هنا صريحة وكاملة . ولو قالت امرأة لرجل تزوجتك على ألف دينار ، فقال الرجل : قبلت زواجك على ألفي دينار . فالموافقة هنا ضمنية لان قبولهـا

---

(١) الاستاذ الشيخ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص٥٧

(٢) البدائع للكاساني ج٥ ص١٣٦ ، فتح القدير ج٥ ص٧٧

الزواج على ألف قبول ضمني على زواجها على ألفين بطريق أولى ، لان المقصود بتوافق القبول مع الايجاب توافر الرضا بالعقد بين طرفيه ، فاذا كان الاختلاف لا يضر بالطرف الآخر ، بل كان له فيه خير ، انعقد العقد ولم تضر المخالفة والا فلا ينعقد العقد[1] . ولكن لا يكون القابل ، في مثالنا ، ملزما الا بالقدر الذي تضمنه الايجاب ولا يلزم بالزيادة الا اذا قبلته الزوجة في نفس مجلس العقد لانه لا يجوز ادخال شيء في ملك انسان جبرا عنه الا الارث .

أما اذا لم يتوافق القبول والايجاب كلا أو جزءً لم ينعقد العقد ، كما لو قال شخص لآخر : بعتك هذه السيارة بألف دينار ، فقال الآخر : قبلت بستانك بهذا الثمن . ففي جميع هذه الصور لاينعقد عقد البيع لمخالفة بهذا الثمن مؤجلا . أو قال بعتك داري هذه بكذا دينار فقال قبلت شراء بستانك بهذا الثمن . ففي جميع هذه الصور لا ينعقد عقد البيع لمخالفة القبول للايجاب كلا أو جزءا . ولكن اذا لم ينعقد العقد في هذه الاحوال فان القبول يعتبر ايجابا مبتدأ يتم به العقد اذا صدر قبول من الطرف الآخر موافق له[2] .

٣١٩ ـ ثالثا : علم كل عاقد بما صدر من الآخر :

ويشترط أن يعلم ويفهم كل عاقد ما صدر من الآخر من ايجاب أو قبول ، لان هذا العلم أساس اتصال ارادتيهما ، والارادة خفية ، والعبارة ، أو ما يقوم مقامها ، هي الكاشفة عنها والمظهرة لها ، ولذا لزم أن تكون واضحة مفهومة ، فان لم تكن كذلك لعدم سماع الآخر لها أو لعدم فهمه مدلولها لانها بغير لغته مثلا وصدر من الآخر ما يصح أن يكون قبولا فان العقد لا ينعقد[3] .

٣٢٠ ـ رابعا : اتصال القبول بالايجاب في مجلس العقد :

لا خلاف بين الفقهاء في أن اتصال القبول بالايجاب ضروري لوجود

---

(١) المدخل للفقه الاسلامي للاستاذ محمد سلام مدكور ص٤٠٠ .
(٢) كشاف القناع ج٢ ص٣
(٣) الاستاذ محمد سلام مدكور ، المرجع السابق ، ص٤٠٢ .

العقد ، ولكنهم اختلفوا في المراد به ، فعند الشافعية : المقصود بـه صدور القبول فورا عقب الايجاب ، لان الايجاب ينعدم بعد صدوره فاذا صدر القبول لم يصادف ايجابا قائما يتصل به فلا ينعقد العقد . ولكن اعتبار ذلك يسد باب التعاقد ، فاعتبر الايجاب قائما حكما للضرورة ، وحق الضرورة مقضي بالفور فوجب أن يصدر القبول فورا عقب الايجاب . وعند غير الشافعية ، كالحنفية ، ان حق الضرورة لا يقضى بالفورية ، لان من عرض عليه الايجاب بحاجة الى التدبر والتأمل حتى يقبل أو يرفض فالزامه بالفورية تضييق عليه وحرج ، والحرج مرفوع . ولكن من جهة أخرى لا يجوز أن يسمح له أن يتأخر في الرد على الموجب بالقبول أو الرفض لان في هذا ضررا على الموجب ، والضرر مرفوع اذ لا ضرر ولا ضرار . من أجل هذا ظهرت نظرية مجلس العقد . والغرض منها تحديد المدة التي يمكن أن تفصل القبول عن الايجاب دون ضرر بالموجب ولا بمن عرض عليه الايجاب . فاعتبر الايجاب قائما ما دام مجلس العقد باقيا فاذا صدر القبول قبل انفضاض المجلس أو اختلافه صادف القبول ايجابا موجودا حكما فيتحقق الاتصال به وينعقد العقد ، واذا صدر القبول بعد انفضاض المجلس لم يلاق ايجابا قائما لا حقيقة ولا حكما فلا يتحقق الاتصال ولا ينعقد العقد[1] .

ومجلس العقد هو المكان الذي يوجد فيه المتعاقدان ، ويبدأ من وقت صدور الايجاب ، ويبقى ما دام المتعاقدان منصرفين الى التعاقد ولم يصدر من أحدهما اعراض عنه . فاذا تغير المجلس حقيقة أو حكما اختلف المجلس ، فاذا صدر بعده قبول كان لغوا لا يتحقق به اتصال القبول بالايجاب فلا ينعقد العقد . وتغير المجلس حقيقة يتحقق بانتقال أحدهما من المكان الذي صدر فيه الايجاب الى مكان آخر . وتغير المجلس حكما يتحقق بصدور ما يدل

---

(١) البدائع للكاساني ج٥ ص١٣٦ ، مصادر الحق للدكتور السنهوري ج٢ ص٢ ـ ٣ .

على الاعراض عن التعاقد من أحد الطرفين[١] • فالشرط ، اذن ، لتحقق اتصال القبول بالايجاب ، هو صدور كل منهما في مجلس العقد دون أن يفصل بينهما ما يدل على اعراض من أحد العاقدين عن التعاقد ، أي صدور القبول في مجلس العقد قبل تغيره على النحو الذي ذكرناه[٢] • ومجلس العقد ، على النحو الذي بيناه ، انما هو بالنسبة للعاقدين الحاضرين ، أما بالنسبة للمفترقين المتباعدين ، اذا أرادا التعاقد بالرسالة أو الكتابة كأن يرسل أحدهما الى الآخر رسولا بالايجاب أو كتابا اليه به ، فان مجلس العقد ليس هو مكان الارسال أو الكتابة ، ولكن مجلسه حيث يبلغ الرسول رسالته الى المرسل اليه أو حيث يقرأ المرسل اليه ذلك الكتاب ، وعلى المرسل اليه أن يرد على الايجاب في مجلس العقد ، فاذا صدر منه القبول قبل تغير المجلس انعقد العقد والا لم ينعقد على النحو الذي ذكرناه[٣] •

٣٢١ ـ خيار الرجوع :

للموجب أن يرجع عن ايجابه قبل قبول الطرف الآخر ، ومعنى ذلك ان الايجاب غير ملزم وللموجب أن يرجع عن ايجابه قبل صدور القبول ، وهذا ما يسمى بخيار الرجوع • وهو يقابل حق من وجه اليه الايجاب في أن يقبل هذا الايجاب الى حين انفضاض المجلس وهذا ما يسمى بخيار القبول[٤] • وخيار الرجوع هو ما عليه جمهور الفقهاء • ويرى أكثر فقهاء المذهب المالكي خلاف ذلك ، فعندهم لا يجوز للموجب أن يرجع عن ايجابه بل يبقى ملتزما به ، فاما أن يقبل الطرف الآخر فيتم العقد ، واما أن يرفض

---

(١) رد المحتار للفقيه المشهور بابن عابدين ج٤ ص٢٩ ، والاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص٦٠ ، ومصادر الحق للسنهوري ج٢ ص ٢ ـ ٣ •

(٢) وهناك عقود لا يشترط فيها القبول في مجلس العقد وهي : الوصية والايصاء والوكالة : الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص٦١•

(٣) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص٦٠ ـ ٦١ ، والسنهوري ، المرجع السابق ، ج٢ ص٥١ •

(٤) الفتاوى الهندية ج٣ ص٨ ، والكاساني ج٥ ص١٣٨ ، ومصادر الحق للسنهوري ج٢ ص١ •

فينعدم الايجاب[1] . وعلى هذا التصوير المالكي ، اذا رجع الموجب ثم قبل الطرف الآخر في مجلس العقد انعقد العقد بالرغم من رجوع الموجب . وحجة هذا الرأي ان الموجب بايجابه التزم أمرا تعلق به حق الطرف الآخر ما دام مجلس العقد قائما فلا يجوز له التحلل من التزامه هذا . وحجة الرأي الاول ان في منع الموجب من الرجوع تضييقا عليه وتقييدا لحريته والزامه بما عدل عنه بدون رضاه ، والتراضي أساس صحة العقود[2] . وهذا الرأي هو الراجح .

٣٢٢ – خروج الموجب عن أهليته :

اذا صدر الايجاب ، ثم فقد الموجب أهليته ، كأن جن أو مات قبل قبول الطرف الآخر ، فان الايجاب يبطل ولا ينعقد العقد بصدور القبول من الطرف الآخر لصدوره بعد انعدام الايجاب[3] .

٣٢٣ – العبارة الواحدة وأثرها في انشاء العقود :

العقد – كما قلنا – ارتباط ارادتين يعبر عنهما الايجاب والقبول . فهل تستطيع العبارة الواحدة انشاء العقود ؟ أي هل يستطيع الانسان بايجابه فقط أن يكون عقدا ؟ قلنا ان الارادة المنفردة ، وهي نوع من التصرف القولي ، قادرة على انشاء التزام ، وهذا الالتزام ، أو هذا النوع من التصرف القولي ، يسميه الفقهاء عقدا كالوقف والابراء من الدين والجعالة[4] . وقد يترتب على العبارة الواحدة عقد بين شخصين اذا كانت هذه العبارة تعبر عن ارادتين ، وذلك اذا صدرت من شخص له صفتان كما لو كان شخص وكيلا عن رجل وامرأة في تزويج أحدهما بالآخر ، فانه يزوجها بعبارة واحدة كأن يقول زوجت فلانا بفلانة . فهذه العبارة تقوم مقام عبارتين ، اذ هي

---

(١) مواهب الجليل للحطاب ج٤ ص٢٤٠

(٢) الفقه الاسلامي ، للدكتور محمد يوسف موسى ، ص٣٢٦

(٣) ابن عابدين ، المرجع السابق ، ج٤ ص٢٩ ، ففي المحتاج ج٢ ص٦ .

(٤) الجعالة ، التزام بارادة منفردة ، كمن يلتزم بأجر معين لمن يرد عليه متاعه الضائع .

بالنسبة لاحدهما ايجاب ، وبالنسبة للآخر قبول[1] . ولكن جواز انشاء عقد بين شخصين بعبارة واحدة ، أي تعاقد الانسان مع نفسه ، ليس محل اتفاق بين الفقهاء ، فمنهم من منعه مطلقا كالامام زفر من الحنفية . ومنهم من اجازه في حالة واحدة هي تزويج الجد حفيديه ببعضهما ويتولى هو طرفي العقد وهذا مذهب الشافعي . ومنهم من اجازه في عقود النكاح دون عقود المعاوضات المالية عدا بعض المستثنيات القليلة كبيع الاب مال الصغير الذي في ولايته من نفسه ، وهذا مذهب الحنفية . ومنهم من اجازه في عقود المعاوضات المالية وفي النكاح على حد سواء بشرط أن تكون لمن يتولى طرفي العقد صفة تجيز له انشاء العقد لطرفي العقد كما لو كان وكيلا عنهما ، وهذا مذهب الحنابلة ومن وافقهم[2] .

المبحث الثاني

صيغة العقد

٣٢٤ ـ التعريف بصيغة العقد :

صيغة العقد هي ما يتحقق به الايجاب والقبول ، فهي صورته في الخارج التي يوجد بوجودها ، ذلك لان الاساس في وجود العقد هو توجه ارادة العاقدين الى انشائه ، وهذه الارادة أمر خفي مستتر لا سبيل الى معرفته الا بما يدل عليه من لفظ أو ما يقوم مقامه مما يكون الايجاب والقبول ، وهذا الدال على الارادة هو الذي سماه الفقهاء بصيغة العقد[3] . ويشترط لاعتبار هذه الصيغة أن تكون واضحة الدلالة على ارادة المتعاقدين، ومفهومه لديهم ، من دون شك ولا احتمال لمعنى آخر كالعدة والمساومة ،

---

(١) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص٦١ ـ ٦٢

(٢) البدائع للكاساني ج٢ ص٢٣١ ـ ٢٣٢ ، فتح القدير ج٢ ص ٤٢٨ ، كشاف القناع ج٢ ص٢٣٨ ـ ٢٣٩ ، نهاية المحتاج ج٢ ص١٩٢ـ١٩٣

(٣) الاستاذ محمد سلام مدكور ، تاريخ التشريع الاسلامي ومصادره ص٤١٠ ، الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص٢٦١ .

ولا يضر بعد هذا أن تكون لفظا أو كتابة أو اشارة أو فعلا لان المنظور اليه في الصيغة كونها كاشفة ومظهرة لارادة المتعاقدين ، وليس المنظور اليه وسائل هذا الاظهار وذاك الكشف .

٣٢٥ ـ التعبير عن الارادة باللفظ ، أو الصيغة اللفظية :

اللفظ هو الاداة الطبيعية للتعبير عن الارادة ، وينعقد به أي عقد بلا استثناء ، ومن ثم كانت له منزلة عظيمة عند الفقهاء ، فهو آثر عندهم من غيره ، ومقدم على ما سواه من وسائل التعبير عن الارادة . ولا غرابة في هذا ، فان البشر عرفوا اللفظ ـ كأداة للتعبير عن ارادتهم ـ قبل أن يعرفوا وسائل التعبير الاخرى من كتابة ونحوها ، فأجروا به عقودهم قبل أن يجروها بغيره . وفضلا عن ذلك ، فان للفظ مزايا عديدة ، فهو أدل من غيره على شخصية المتكلم وحقيقة ارادته ومجموع نفسه[١] . ولا يشترط لانعقاد العقد باللفظ الا أن يكون واضح الدلالة على الارادة ، ولا يهم بعد ذلك أن يكون باللغة العربية أو غيرها ما دام العاقدان يفهمانها ، كما لا يهم أن تكون باللغة العامية أو الفصيحة ، بهذا الاسلوب أو ذاك ، بهذه الكلمة أو تلك . ولم يختلف الفقهاء في هذا الاصل الا في عقد النكاح ، فعند فريق من الفقهاء ، كالشافعي ، لا ينعقد عقد الزواج الا بلفظي : النكاح والزواج وما اشتق منهما ، وهذا بحق من يحسن اللغة العربية ، أما بالنسبة لمن لا يحسنها فان عقد النكاح ينعقد باللفظ الذي يؤدي هذا المعنى[٢] . وحجة هذا الرأي ان عقد النكاح ليس كسائر العقود الاخرى ، لانه عقد عظيم الخطر شرع لاغراض عظيمة ، كتكوين الاسرة وتكثير النسل ، ولما فيه من معنى العبادة لله بتكثير من يعبدونه في العالم[٣] . ولكن الحنفية ومن وافقهم لا يذهبون الى هذا الرأي ، فعندهم لا يقتصر انعقاد النكاح بهذين اللفظين

---

(١) التعبير عن الارادة ، للدكتور وحيدالدين سوار ص٢٧٥ .

(٢) الاستاذ محمد سلام مدكور ص٥٢٥ . الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص٢٦٢ .

(٣) الفقه الاسلامي ، للدكتور محمد يوسف موسى ، ص٣٢٩ .

فقط ، بل يجوز انعقاده بألفاظ أخرى تدل على معنى الزواج لاحتمالها هذا المعنى ووجود قرينة تنفي عنها ارادة غير معنى الزواج . وهذا الرأي هو ما نرجحه ، ذلك ان ما استدل به أصحاب الرأي الاول ليس بالدليل الكافي لما ذهبوا اليه ، فالزواج في القرآن الكريم كما ورد بهذين اللفظين ورد أيضا بغيرهما كالهبة ، قال تعالى : « وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي ان أراد النبي أن يستنكحهاخالصة لك من دون المؤمنين ». وأما قولهم ان الزواج فيه معنى العبادة ، فهذا قول ضعيف ، فان التصدق والاعتاق أظهر في التعبد من الزواج ، ولا خلاف في جوازهما بأي لفظ يظهر ارادة التصدق والاعتاق[١] .

٣٢٦ ـ وأدل الالفاظ على ارادة انشاء العقد صيغة الفعل الماضي مثل بعت ، ورهنت ، لدلالتها القاطعة على تحقق ارادة العاقد ، أو هي كما يقول الاستاذ الدكتور السنهوري : « ان صيغة الماضي هي المظهر الواضح للتعبير عن الارادة في مرحلتها النهائية ، ارادة قد جاوزت دور التردد والتفكير والمفاوضة والمساومة الى دور الجزم والقطع والبت والحسم »[٢] . أما صيغة المضارع والامر مثل : أبيعك ، وبعني فتصلحان لانعقاد العقد ان اقترن بهما ما يدل على ان المراد هو انشاء العقد في الحال وليس المراد بهما شيئا آخر كالمساومة والوعد ونحو ذلك . ومثل ذلك أيضا استعمال الجمل الاسمية مثل أنا بائع ، أو استعمال كلمة (نعم) في القبول كقول القائل : بعتك فيقول الآخر : نعم . فالمنظور اليه في الصيغة اللفظية وضوح دلالة الالفاظ على ارادة انشاء العقد في الحال وصلاحيتها لان تكون ايجابا وقبولا وعدم احتمالها معنى آخر[٣] .

٣٢٧ ـ التعبير عن الارادة بغير اللفظ :

وكما ينعقد العقد باللفظ ينعقد بغيره أيضا بما يدل على ارادة انشائه .

---

(١) الاستاذ محمد سلام مدكور ، المرجع السابق ، ص٥٢٥

(٢) مصادر الحق في الفقه الاسلامي للدكتور السنهوري ج١ ص٨٥

(٣) الاستاذ علي الخفيف ، ارجع السابق ، ص٦٢ ـ ٦٣ ، وأنظر المادة ٧٧ من القانون المدني العراقي .

وهذه المظاهر الخارجية غير اللفظ التي تصلح للتعبير عن الارادة ، ومن ثم ينعقد بها العقد ، هي : الكتابة والاشارة ، والافعال ، والسكوت ، ونتكلم عن كل واحدة منها بكلمة موجزة .

٣٢٨ ـ الكتابة :

الكتابة هي الوسيلة الثانية للتعبير عن الارادة ، فالكتاب كالخطاب ، كما يقول الفقهاء ، فينعقد بها العقد بأية لغة كانت ما دام العاقدان يفهمانها ، وسواء أكان الايجاب والقبول بهما ، أم كان أحدهما كتابة والآخر شفاها ، وسواء أكان ذلك ممن يستطيع النطق أم ممن لا يستطيعه.ولم يستثن الفقهاء مما قلناه الا عقد النكاح ، فلا ينعقد هذا العقد بالكتابة عند حضور الطرفين الا عند العجز عن النطق[١] . ولكن اذا كان التعـــاقد في الزواج بين غائب وحاضر صح الايجاب بالكتابة على أن يكون القبول باللفظ فلا يكفي فيـــه الكتابة وحدها[٢] .

٣٢٩ ـ الاشارة :

ينعقد العقد باشارة الاخرس المفهومة سواء أكان خرسه أصليـا بأن ولد هكذا ، أم كان طارئا ووقع اليأس من كلامه[٣] . واذا كان الاخرس يعرف الكتابة ، فقد قال بعض الفقهاء بعدم اعتبار اشارته لان الكتابة أدل على التعبير عن ارادته وهو قادر عليها فلا يتحول عنها الى الاشارة . وقال البعض الآخر تعتبر اشارته ما دامت مفهومة اذ هي كالكتابة في الدلالة على الارادة فلا يمنع منها[٤] . أما القادر على النطق ، فقد ذهب جمهور الفقهاء الى عدم اعتبار اشارته . وعند بعضهم ، كالمالكية ، تعتبر اشارته لانها كاللفظ وسيلة

---

(١) الكاساني ، المرجع السابق ، ج٥ ص١٣٨ ، والاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص٦٣ .

(٢) الدر المختار ج٢ ص٧٢ ، والاستاذ مذكور ، المرجع السابق ، ص ٥٣٧ .

(٣) الكاساني ج٥ ص١٣٥

(٤) الاشباه والنظائر لابن نجيم وحاشية الحموي ص١٨٨ .

صحيحة من وسائل التعبير عن الارادة[1] .

٣٣٠ ـ الافعال :

وكما ينعقد العقد بما ذكر من لفظ وكتابة واشارة ، ينعقد أيضا بفعل يباشره المتعاقدان أو أحدهما ، ما دام ذلك الفعل دالا على ارادة انشاء العقد ، دون أن يتلفظا بايجاب وقبول . ويكون هذا في البيع فيسمى بيع المعاطاة ، كما يكون في الاجارة وغيرهما من ضروب المعاملات المالية[2] . ومن الامثلة على ذلك أن يسلمك صاحب الخبز رغيفا بعد أن تسلمه ثمنه المعروف ، أو تدخل الحمام ثم تدفع أجرته ، أو تركب سيارة النقل وتدفع أجرتها المقررة فالعقد في هذه الامثلة ينعقد بفعل يباشره المتعاقدان دون تلفظ بايجاب وقبول. وقد اختلف الفقهاء في صلاحية الفعل للتعبير عن الارادة وانعقاد العقد به ، فمنهم من منع ذلك ، كالشافعية ، ومنهم من أجازه بحدود ضيقة جدا كما لو جرى به العرف ، كالزيدية ، ومنهم من توسع فيه ، بل وأجازه مطلقا ، كالحنابلة والمالكية[3] . وهذا الرأي الاخير هو ما نرجحه ، فالفعل صالح للتعبير عن الارادة ، لان انعقاد العقود يقوم على توافر ارادتي العاقدين على انشاء العقد ، فكل ما يدل على هذا المعنى دلالة واضحة من قول أو فعل يكفي لانعقاد العقد ، وفي هذا يقول الامام ابن تيمية : « انها ـ أي العقود ـ تنعقد بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل ، فكل ما عده الناس بيعا واجارة فهو بيع واجارة وان اختلف اصطلاح الناس في الالفاظ والافعال

---

(١) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ج٣ ص٣ ، مواهب الجليل للحطاب ج٤ ص٢٢٩ . أنظر المادة ٧٩ من القانون المدني العراقي .

(٢) الدكتور محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ، ص٣٣٢ ، الدكتور وحيدالدين سوار ، المرجع السابق ، ص٢٣٤ ـ ٢٣٥ .

(٣) الدردير والدسوقي ، المرجع السابق ، ج٣ ص٣ ، مواهب الجليل للحطاب ج٤ ص٢٢٨ ، الروض النضير ج٣ ص٢٠٥ ـ ٢٠٦ ، فتاوى ابن تيمية ج٣ ص٢٦٧ ـ ٢٦٨ . ويلاحظ هنا أن الفقهاء متفقون على عدم جواز انعقاد عقد الزواج بالافعال ولو من جانب واحد لما يجب فيه من الاحتياط لخطره وعظيم أثره ، وتمييزا له عن المخادنة والسفاح : الاستاذ مدكور ، المرجع السابق ، ص٥٤٠ ، والاستاذ وحيدالدين سوار ، المرجع السابق ، ص٢٣٨ .

وانعقد العقد عند كل قوم بما يفهمونه من الصيغ والافعال وليس لذلك حد مستمر لا في شرع ولا في لغة ، بل يتنوع بتنوع اصطلاح الناس كما تتنوع لغاتهم ... ولا يجب على الناس التزام نوع معين من الاصطلاحات في المعاملات ولا يحرم عليهم التعاقد بغير ما يتعاقد به غيرهم اذا كان ما تعاقدوا به دالا على مقصودهم ... الى أن قال: وقاعدة ان العقود تصح بكلما دل على مقصودها من قول أو فعل هي التي تدل عليها أصول الشريعة وهي التي تعرفها القلوب وذلك ان الله سبحانه قال : « الا أن تكون تجارة عن تراض منكم » « فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه » فتلك الآية في جنس المعاوضات وهذه من جنس التبرعات ولم يشترط لفظا معينا ولا فعلا معينا يدل على التراضي وعلى طيب النفس ... الى أن قال : وأما السنة والاجماع فمن تتبع ما ورد عن النبي (ص) والصحابة والتابعين من أنواع المبايعات والمؤاجرات والتبرعات فهم ضرورة انهم لم يكونوا يلتزمون الصيغة من الطرفين .. فمن ذلك ان رسول الله (ص) بنى مسجده والمسلمون بنوا المساجد على عهده وبعد موته ولم يؤمر أحد أن يقول وقفت هذا المسجد .. وكان يسأل فيعصي أو يعطي من غير سؤال فيقبض المعطى ويكون الاعطاء هو الايجاب والاخذ هو القبول .... »[1] .

٣٣١ – السكوت :

الاصل ان التعبير عن الارادة يكون بشيء ايجابي من لفظ أو كتابة أو اشارة أو فعل عن النحو الذي بيناه ، ولا يكون التعبير بشيء سلبي محض . ولكن السكوت ، في بعض الاحيان ، يكون صالحا للتعبير عن الارادة ، اذا حفت به ظروف وملابسات خاصة ، فينعقد العقد على هذا الاساس بايجاب من أحد طرفي العقد وسكوت من الطرف الآخر . فالسكوت ، في هذه الحالات ، يصلح للتعبير عن ارادة القابل لا الموجب لان الايجاب ، كما

---

(١) الفتاوى للامام ابن تيمية ج٣ ص٢٦٧ – ٢٧٤ . وانظر أيضا أعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ج١ ص١٨٩ ، ٢٥٢ .

يقول الدكتور السنهوري ، لا يمكن أن يستخلص من محض السكوت[1] .
وعلى هذا الاساس جاءت القاعدة الفقهية « لا ينسب الى ساكت قول ، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان » . ومن أمثلة اعتبار السكوت قبولا : سكوت البكر عند استئذانها من قبل وليها في الزواج ، يعتبر قبولا منها . وسكوت المتصدق عليه عند اعطائه الصدقة يعتبر قبولا لها . وسكوت الموقوف عليه يعتبر قبولا منه للوقف وان كان يرتد برده[2] .

المبحث الثالث

الارادة الباطنة والارادة الظاهرة

٣٣٢ ـ عرفنا مما تقدم ان الارادة هي الاساس في انشاء العقود . ولكن لما كانت ارادة الانسان أمر مستتر باطني لم يكن في الامكان الاعتماد على هذه الارادة الباطنة ، والتي يسميها الفقهاء بالنية ، في انشاء العقود ، وانما كان الاعتماد في ذلك على ما يدل عليها ويظهرها من لفظ أو فعل وهو ما سميناه بالايجاب والقبول الذين يكونان صيغة العقد ، وهذه هي الارادة الظاهرة ، وعلى أساسها يتكون العقد في الخارج وتترتب عليه آثاره . وانما كان التعويل على هذه الارادة الظاهرة في انشاء العقود لانها تعبر عن الارادة الباطنة وتكشفها ، ولهذا وجب أن تكون مطابقة لها تماما حتى ينشأ العقد .

٣٣٣ ـ ولكن قد يحدث أن يصدر عن الشخص قول ، أو ما يقوم مقامه ، ولا يعبر هذا القول عن ارادة صحيحة يعتد بها ، أو لا يطابق هذا القول الارادة الباطنة . فهل نعتبر في هذه الحالة القول ، أي العبارة ، أو ما يقوم مقامها ، ونحكم بنشوء العقد ، أم نهدر هذه العبارة ونعتد بالارادة الباطنة وعلى أساسها نحكم بنشوء العقد أو عدم نشوئه ؟ للجواب على هذا السؤال لا بد من بيان الحالات التي يظهر فيها عدم مطابقة العبارة للارادة الباطنة ، أو يوجد في احداهما خلل مع بيان حكم كل حالة على حدة :

---

(١) مصادر الحق للسنهوري ج١ ص١٣٠

(٢) الاشباه والنظائر لابن نجيم وحاشية الحموي ص٧٨ ، ٧٩ .

٣٣٤ - الحالة الاولى :

اذا صدرت العبارة من غير قصد الى التلفظ بها ، كما في عبارة النائم والمجنون والصبي غير المميز ، ففي هذه الحالة لا عبرة بها ولا ينشأ بها عقد ، اذ لا ارادة لهؤلاء ، وانما اعتبرت العبارة لكونها دليلا معبرا عما في النفس ، فاذا لم توجد ارادة باطنة لا تكون لها دلالة فينتفي عملها وتهمل[١].

أما عبارة السكران ، فان كان سكره بطريق مباح كما لو شرب المسكر جهلا به أو اضطرارا أو اكراها ، ففي هذه الحالة لا تعتبر عبارته . ولكن اذا كان سكره بتناول المسكر عن علم به فقد اختلف الفقهاء في اعتبار عبارته . فذهب بعضهم الى اعتبارها وانعقاد العقد بها عقوبة له وزجرا . وذهب البعض الآخر الى اهدارها وعدم الاعتداد بها ، لان السكران لا قصد له فلا تكون عبارته معبرة عن ارادة فتهمل وتعتبر لغوا لا قيمة لها . وهذا القول هو الراجح[٢] .

٣٣٥ - الحالة الثانية :

اذا صدرت العبارة مع قصد التلفظ بها من غير فهم لمعناها كما لو لقن أعجمي عبارة باللغة العربية تفيد الايجاب فقال الآخر : قبلت . ففي هذه الحالة لا تكون لعبارة الاعجمي قيمة ولا تعتبر ايجابا اذ ليس وراءها ارادة تعبر عنها ، فلا يعتد بها ولا ينعقد بها عقد ولا تصرف .

٣٣٦ - الحالة الثالثة :

اذا صدرت العبارة مع قصد التلفظ بها وفهم معناها ولكن من غير قصد لانشاء عقد بها وانما لغرض آخر كالحفظ والتعليم ، ففي هذه الحالة تهمل هذه العبارة ولا ينعقد بها أي تصرف .

---

(١) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص٦٤ .

(٢) أنظر أدلة القولين بشيء من التفصيل في : زاد المعاد ج٢ ص ٢٠٢ - ٢٠٣ ، أعلام الموقعين ج٤ ص٤٠ - ٤٢ ، المغني ج٧ ص١١٣-١١٤ ، المهذب للشيرازي ج٢ ص٨٢ ، المحلى لابن حزم ج١٠ ص٢٠٩ - ٢١١ ، البدائع للكاساني ج٣ ص٦٩ ، كشف الاسرار ج٤ ص١٤٧٤ ، التلويح ج٢ ص١٨٥ - ١٨٦ ، مختصر الطحاوي ص٢٨٠ ، الخلاف للطوسي ج٢ ص٤٥٤ ، المختصر النافع ص٢٢١ .

٣٣٧ ـ الحالة الرابعة :

صدور العبارة خطأ : أي من غير قصد التلفظ بها ولا ارادة معناها ، اذ الخطأ هو وقوع الشيء على غير ارادة من وقع منه • كما لو أراد رجل أن يقول لزوجته أنت عالمة فجرى على لسانه على غير قصد منه أنت طالقة[١]• في هذه الحالة تهمل العبارة وتعتبر لغوا ، لان اللفظ انما اعتبر لدلالته على قصد المتكلم وارادته لمعناه وموجبه ، فاذا انتفى هذا القصد كان الكلام لغوا لا قيمة له[٢] • ويؤيد هذا الرأي الحديث الشريف : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »[٣] •

٣٣٨ ـ الحالة الخامسة :

صدور العبارة على سبيل الهزل : بمعنى ان الشخص يتكلم بالعبارة قاصدا التلفظ بها من غير ارادة انشاء عقد بها • فالهازل يتكلم بالكلام باختياره وهو عالم بمعناه من غير قصد لموجبه أي من غير ارادة الحكم المترتب عليه[٤] • وقد اختلف الفقهاء في صحة عبارة الهازل ، فذهب بعضهم الى صحتها وانعقاد العقد بها في التصرفات التي لا يبطلها الهزل وهي النكاح والطلاق والرجعة والعتاق ، لورود الحديث فيها ، وهو « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والرجعة ـ وفي رواية ـ والعتاق » • وما عدا هذه التصرفات ، من سائر العقود ، فانها تبطل بالهزل • أي لا تنعقد بعبارة الهازل • وذهب البعض الآخر من الفقهاء الى صحة عبارة الهازل وانعقاد جميع العقود بها قياسا على صحة عبارته في العقود والتصرفات التي لا يبطلها الهزل • ومن فرق بين النوعين احتج بالحديث الذي ذكرناه واقتصاره على هذه التصرفات فقط ، وبأن في هذه التصرفات المستثناة حقا لله تعالى وما كان كذلك لا يجوز لاحد أن يهزل فيه ، فاذا جاء بالعبارة التي

---

(١) الاستاذ أحمد ابراهيم ، المرجع السابق ، ص٧٨
(٢) تحفة المحتاج لابن حجر ج٣ ص٣٦٦ ـ ٣٦٨ ، أعلام الموقعين ج٣ ص٥٥ و ج٤ ص٧٢ ، منهاج الصالحين للمجتهد محسن الحكيم ص١٨٢•
(٣) سبل السلام للصنعاني ج٣ ص٢٣٧
(٤) كشف الاسرار ، شرح اصول البزدوي ، ج٤ ص١٤٧٧

من شأنها افادة انشاء هذه التصرفات ، نشأ التصرف وثبت الحكم وان لم يقصده كما لو نطق بكلمة الكفر ، لان الانسان لا يجوز له أن يهزل مع ربه ولا بآياته ، وهذ ابخلاف التصرفات المالية التي هي محض حق العباد فانها تفسد بالهزل ولا يثبت بها حكم ولا ينعقد بها عقد لعدم قصد الهازل بعبارته انشاء عقد ، ولان الانسان قد يهزل مع غيره فلا يثبت الحكم ولا ينعقد العقد بغير قصده ورضاه[1] وهذا القول هو الراجح .

٣٣٩ ـ الحالة السادسة :

صدور العبارة بالاكراه . والاكراه هو حمل الغير على أمر يمتنع عنه بتهديده بأذى لا يحتمله ويقدر الحامل على ايقاعه ويصير الغير خائفا به[2]. وعبارة المكره ـ اذا ما توافرت شروط الاكراه ـ لا قيمة لها عند جمهور الفقهاء لانها لم تصدر عن قصد صحيح وارادة سليمة ، وانما صدرت بقصد دفع الأذى عن قائلها . وعند الحنفية تعتبر عبارة المكره وينعقد بها العقد وتترتب عليه آثاره في العقود والتصرفات التي لا يبطلها الهزل وهي النكاح والطلاق والرجعة والعتاق ، أما في غير هذه التصرفات فقد ذهب الاحناف الى عدم اعتبارها صحيحة فلا تترتب عليها آثارها في الحال ولكن اذا أجازها المكره بعد زوال الاكراه ترتبت عليها آثارها[3] . وقول الجمهور هو الراجح .

٣٤٠ ـ الحالة السابعة :

اذا صدرت العبارة وهي تفيد بوضعها انشاء عقد معين ولكن قصد بها القائل انشاء عقد آخر وقامت القرائن على هذا القصد ، ففي هذه الحالة

---

(١) المدونة الكبرى ج٢ ص١٦١ ، الاشباه والنظائر لابن نجيم ص٣٥ ، أعلام الموقعين ج٣ ص١٠٩ ـ ١١١ .

(٢) كشف الاسرار ج٤ ص١٥٠٣

(٣) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص٦٧ ـ ٦٨ . وانظر تفصيل أدلة القولين في : الام للشافعي ج٣ ص٢٠ ، وأعلام الموقعين ج٣ ص١٠٨ و ج٤ ص٤٣ ـ ٤٤ ، والكاساني ج٧ ص١٨٢ ـ ١٨٤ ، وزاد المعاد ج٢ ص٢٠٠ ، المغني ج٧ ص١١٨ ، المهذب ج٢ ص٨٣ ، الخلاف للطوسي ج٢ ص٤٥٣ ، منهاج الصالحين ج٢ ص١٨٢ .

تكون العبارة معتبرة وينعقد بها العقد المقصود لان العبرة في العقود للمعاني لا للالفاظ والمباني • وعلى هذا لو قال شخص لآخر وهبتك فرسي بمائة دينار وقال الآخر قبلت كان العقد بيعا لا هبة •

٣٤١ ـ الحالة الثامنة :

اذا صدرت العبارة بقصد انشاء العقد الذي تفيده هذه العبارة ولكن بقصد تحقيق غرض غير مباح شرعا كما لو باع عنبه لمن يعصره خمرا ، أو باع السلاح لقطاع الطرق أو المتمردين العصاة • فمن الفقهاء من غلب جانب الارادة الظاهرة ، أي العبارة ، وقال بانعقاد العقد اذا ما توافرت أركان العقد وشروطه • ومن الفقهاء من غلب جانب الارادة الباطنة فأبطل العقد لبطلان هذه الارادة المتجهة الى تحقيق غرض غير مشروع ولم يعتد بالمظهر الخارجي للعقد •

وحجة القائلين بتغليب الارادة الظاهرة أن الاحكام في الدنيا تبنى على ما يظهره الانسان لاعلى ما يبطنه أي على ظاهر ألفاظه وعبارته لا على نيته وباعثه على انشاء العقد ، فنحن يجب أن نحكم بالظاهر والله يتولى السرائر ، وفي هذا يقول الامام الشافعي ، وهو يحتج لهذا القول ، : « أصل ما أذهب اليه أن كل عقد كان صحيحا في الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بعادة من المتبايعين وأجزته بصحة الظاهر ، وأكره لهما النية اذا كانت النية لو ظهرت كانت تفسد البيع »[١] •

وحجة القائلين بتغليب الارادة الباطنة أن النيات في العقود لا يجوز اغفالها ولا اهدارها ، لان المقاصد معتبرة في العقود والتصرفات كما هي معتبرة في العبادات ، وعلى هذا دل القرآن ، كما في قوله تعالى في النهي عن وصية الضرار : « من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار » فاذا أوصى ضرارا كان ذلك حراما وكان لورثته ابطال هذه الوصية وحرم على الموصى له أخذ

---

(١) الام للشافعي ج٣ ص٦٥ ، وانظر أيضا الام ج٥ ص٧١ ، و ج٦ ص ٢٢ •

الموصى به بدون رضاهم . ومن السنة « انما الأعمال بالنيات وانما لكل امرىء ما نوى .. الخ » فهذا الحديث أصل في ابطال الاحتيال والوصول الى المحرمات والاغراض الفاسدة بالعقود والتصرفات التي ظاهرها الحل والصحة . ويؤيد هذا الرأي أيضا ان الالفاظ انما اعتبرت لدلالتها على المقاصد ، فاذا ظهر القصد كان الاعتبار له وتقيد اللفظ به وترتب الحكم على أساسه . أما اذا لم يظهر القصد وظل الباعث مستترا فان الواجب في هذه الحالة التقيد بالظاهر وحمل الكلام على ما يدل عليه هذا الظاهر[1] .

القول الراجح :

والراجح من القولين هو القول الثاني ، فالعبرة بالارادة الباطنة لا بالارادة الظاهرة اذا ما ظهرت وانكشفت ، وعلى هذا دلت السنة النبوية ، فقد جاء في الحديث الذي رواه الامام البخاري عن أبي حميد الساعدي أنه قال : استعمل رسول الله (ص) رجلا على صدقات بني سليم يدعى ابن اللتبية . فلما رجع قال للنبي (ص) : هذا ما جبيته من الزكاة وهذا اهدي الي . فقال النبي (ص) ما معناه : فهلا جلست في بيت أبيك وأمك حتى تأتيك هديتك . ثم قام النبي (ص) خطيبا فحمد الله وأثنى عليه ثم قال : أما بعد فاني استعمل الرجل منكم على العمل مما ولاني الله فيأتي فيقول : هذا مالكم وهذا هدية أهديت لي ، أفلا جلس في بيت أبيه وأمه حتى تأتيه هديته . والله لا يأخذ أحد منكم شيئا بغير حقه الا لقي الله يحمله يوم القيامة ... الخ[2] . ففي هذا الحديث أكبر الدلالة على اعتبار دلالة الحال على النية المستترة والباعث الخفي ولو لم يدل عليه لفظ في العقد .

وقد ترتب على هذا الخلاف بين القولين خلاف في أحكام بعض المسائل، من ذلك : نكاح المريض مرض الموت بقصد الاضرار بالورثة بادخال وارث

(١) اغاثة اللهفان ج٢ ص٢٩٥ ، اقامة الدليل على ابطال التحليل لابن تيمية ص٢٢ وما بعدها ، أعلام الموقعين ج٣ ص٨٤ .

(٢) صحيح البخاري ج٩ ص٢٨ ، وفتح الباري بشرح صحيح البخاري للعسقلاني ج١٣ ص١٤٤ .

جديد عليهم . فهي لا ترث من زوجها أخذا بالنية حسب الرأي الثـاني ، وترث أخذا بالارادة الظاهرة حسب الرأي الاول . وكذلك بيوع الآجـال كمن يبيع سلعة بثمن مؤجل ثم يشتريها من مبتاعها بثمن أقل من الاول نقدا ، فهو صحيح اذا أخذنا بالارادة الظاهرة ، وباطل اذا أخذنا بالارادة الباطنة . ومثله أيضا نكاح المحلل باطل اذا أخذنا بالنية وصحيح اذا لـم نأخذ بهـا[1] .

---

(١) أنظر في هذه المسائل ونحوها : شرح الزرقاني على موطأ مالك ، وتنوير الحوالك شرح موطأ مالك للسيوطي ج١ ص٧ ، والمدونة الكبرى ج٢ ص١٣٣ ، ١٧١ ، و ج٣ ص٣٩٩ وما بعدهـا ، والمحلى ج٩ ص٢٩ و ج١٠ ص٢٥ وما بعدها ، والمقدمات لابن رشد ج٣ ص١٨١ – ١٨٢ ، وبدايـة المجتهد ج١ ص١١٧ – ١١٩ ، والمغني ج٦ ص٣٢٦ ، وكشاف القناع ج٢ ص٥ ، و ج٣ ص٥١ ، وابطال التحليل لابن تيمية ص٤ – ٦ ، وسبل السلام ج٣ ص٥٢ ، والام ج٣ ص٣١ – ٣٢ .

الفصل الثاني

محل العقد

٣٤٢ ـ محل العقد :

هو ما وقع عليه التعاقد ويظهر فيه أثر العقد وأحكامه • وهو يختلف باختلاف العقود ، فقد يكون عينا مالية كما في بيع ساعة أو سيارة في عقد البيع ، وقد يكون منفعة ، كمنفعة الدار المستأجرة في عقد الاجارة • وقد يكون عملا كما لو تعاقد شخص مع طبيب على اجراء عملية ، وكما في عمل المزارع والمضارب في عقد المزارعة وعقد المضاربة •

٣٤٣ ـ شروطه :

يشترط في الشيء ليصلح أن يكون محلا للعقد جملة شروط ، ذكرها الفقهاء ، وكلها ترجع ، في الحقيقة الى قابلية المحل لحكم العقد شرعا ، والى خلوه من كل ما يفضي الى نزاع بين طرفي العقد • وهذه الشروط ، على ما ذكرها الفقهاء ، هي :

٣٤٤ ـ أولا : أن يكون قابلا لحكم العقد شرعا :

ذلك ان لكل عقد أحكام وآثار معينة تظهر في المعقود عليه ، أي في المحل ، فاذا لم يكن قابلا لها كان العقد باطلا • وعدم قبول المحل لحكم العقد قد يرجع الى نهي الشارع عنه ، كما في نهيه عن بيع الميتة مطلقا ، وعن التعامل بالخمر والخنزير بالنسبة للمسلمين[١] ، وكنهيه عن نكاح المحرمات

---

(١) أما بالنسبة لغير المسلمين فان الخمر والخنزير مال متقوم يجوز التعامل فيه : كتابنا أحكام الذميين والمستأمنين ص٥٦٧ •

على وجه التأبيد مثل زواج الاخ بأخته والابن بأمه • وقد يرجع الى أن حكم العقد يتنافى وطبيعة هذا المحل أو لما خصص له ، فالخضروات التي يتسارع اليها الفساد لا تصلح أن تكون رهنا لان حكم الرهن ، وهو حبس المرهون لامكان استيفاء الدين منه عند عدم الاداء ، لا تقبله هذه الاموال[1] ، وكذا الانهار العامة والطرق العامة لا تصلح أن تكون محلا لعقد البيع مثلا لمنافاة حكم هذا العقد لما خصصت له هذه الاموال العامة •

٣٤٥ ـ ثانيا ـ وجوده حين العقد :

وهذا الشرط في الحقيقة ليس على اطلاقه ولا هو عند جميع الفقهاء ، اذ أن فيه اختلافا وتفصيلا • وجملة القول فيه ان المعدوم الذي يستحيل وجوده في المستقبل لا يصلح أن يكون محلا للعقد ولا خلاف في هذا ، كما لو تعاقد شخص مع آخر على حصاد زرعه أو تلقيح نخله أو نقل أثاثه ، فتبين ان الزرع أو النخل أو الاثاث قد احترق قبل العقد[2] ، وفي هذه الحالة يكون العقد باطلا ولا يترتب عليه أثر ، وبهذا أخذ القانون المدني العراقي[3] • ولا يشترط وجود المحل عند التعاقد اذا كان منفعة ، وانما الشرط امكان وجودها في المستقبل[4] • ويعلل الفقهاء عدم اشتراط وجود المنفعة عند العقد بأن المنفعة بطبيعتها لا تحدث دفعة واحدة ، وانما تحدث آنا بعد آن وشيئا بعد شيء ، ولهذا صحت عقود الاجارة والمزارعة والمغارسة ونحو ذلك مع عدم وجود المنفعة محل هذه العقود وقت التعاقد ، ولا خلاف في هذا أيضا بين الفقهاء • ولكن اذا كان محل العقد عينا مالية فقد اختلف الفقهاء في شرط وجودها عند العقد ، فذهب أكثر الفقهاء الى اعتبار هذا الشرط في جميع العقود ، معاوضات كانت أو تبرعات الا ما استثني كبيع

---

(١) الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص٣٠١ •

(٢) الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص٣٠٢ •

(٣) نصت الفقرة الاولى من المادة ١٢٧ من القانون المدني العراقي على انه « اذا كان محل الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة كان العقد باطلا » •

(٤) جاء في المادة ١٢٦ من القانون المدني العراقي : « ويصح أن يكون المحل مالا ، عينا كان أو دينا أو منفعة ••• » •

السلم ، والقاعدة عندهم هي : بيع المعدوم لا يجوز . والحجة لهذا الرأي ان للعقد آثارا تظهر في المعقود عليه ، ولا يمكن ان تظهر هـذه الآثار في معدوم لا وجود له . وكذلك لا يصح عندهم بيع ما لا يتيقن وجوده ، أي ما له خطر العدم ، فلا يجوز بيع اللبن في الضرع ، ولا نتاج الحيوان قبل الولادة ولا الثمر قبل ظهوره ، لان محل العقد ، في هذه الحالات ، غير موجودة على وجه اليقين ، بل هو على خطر العدم ، فلا يجوز التعاقد عليه[1].
وعند بعض الفقهاء كالمالكية يجوز أن يكون المعدوم محلا للعقد بشرط امكان وجوده في المستقبل ، وهذا في عقود التبرعات كالهبة والوقف ، والعلة في هـذا الجواز عدم افضائـه الى النزاع . كما أجازوا بيع المخضرات بظهور بعضها كالباذنجان والبطيخ ، وعللوا ذلك بأنها لا تظهر دفعة واحدة وانما تظهر شيئا بعد شيء فلو لم يجز بيع الكل عند ظهور البعض لوقع الناس في الحرج ، والحرج مرفوع بحكم الشريعة[2] . وعند الحنابلة ، لاسيما شيخ الاسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ، يجوز أن يكون محل العقد معدوما وقت التعاقد اذا لم يكن فيه غرر أي اذا كان مقدور التسليم ، فالغرر ، أي عدم القدرة على التسليم ، هو المانع من صلاحية الشيء للتعاقد عليه لاكونـه معدوما. والشارع نهى عن بيع الغرر ، سواء أكان المبيع موجودا أو معدوما ، فاذا كان المعدوم ممكن الوجود عادة في المستقبل ويقدر على تسليمه جاز أن يكون محلا للعقد . واذا كان موجودا وقت العقد ولا يقدر على تسليمه لم يصح التعاقد عليه . وعلى هذا أباح الشارع الاجارة والمساقاة وبيع التمر قبل بدو صلاحه لعدم الغرر فيه . ولم يجز بيع الحيوان الشارد الذي لا يقدر على تسليمه وان كان موجودا وقت العقد . فالعلة اذن الغرر لا كون الشيء موجودا أو معدوما . وما ورد عن النبي (ص) من النهي عن بيع المعدوم كما في حديث : « لا تبع ما ليس عندك » محمول على عدم القدرة علـى التسليم

(١) الدكتور محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ، ص٣٥٧ .
(٢) بداية المجتهد ج٢ ص١٣٠ ، والدكتور محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ، ص٣٥٧ .

لا على كونه معدوما[١] . وهذا هو الذي يبدو راجحا . وبه أخذ القانون المدني العراقي[٢] .

٣٤٦ ـ ثالثا أن يكون معلوما :

ويشترط في المحل أن يكون معروفا لدى العاقدين ، بحيث لا تكون فيه جهالة تفضي الى النزاع ، لان الشريعة الاسلامية تحرص على سد منافذ النزاع وأسبابه بين المتعاقدين ، ولهذا اشترطت أن يكون معلوما . ويتحقق العلم بالمحل بتعيينه بالاشارة أو بالرؤية ، أو ببيان جنسه ونوعه ووصفه اذا كان من الاموال المثلية . فاذا لم يكن معلوما لدى العاقدين أو كانت فيه جهالة فاحشة كالجهالة بجنس المحل أو نوعه أو وصفه ، كما لو قال بعتك مالا أو حيوانا أو ساعة أو حنطة أو راديو ونحو ذلك كان المحل مجهولا جهالة فاحشة فلا ينعقد العقد . وقد أخذ القانون المدني العراقي بهذا الشرط فاشترط أن يكون محل العقد معينا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة سواء كان تعينه بالاشارة اليه أو ببيان الاوصاف المميزة له مع ذكر مقداره ان كان من المقدرات أو بنحو ذلك مما تنتفى به الجهالة الفاحشة . فان لم يعين على هذا الوجه كان العقد باطلا[٣] . ولكن لو كانت الجهالة بالمحل يسيرة لا تفضي الى النزاع وجرى العرف بالتسامح فيها لم تؤثر في انعقاد العقد ، كما لو باعه مائة برتقالة من نوع معين ، أو مائة بيضة دجاجة من النوع الكبير مع تفاوت يسير في أحجامها[٤] . وهذا الشرط لا يختلف فيه الفقهاء في عقود المعاوضات كالبيع . ولكنهم يختلفون في اشتراطه في عقود التبرعات . فمنهم من يشترطه فيها كالشافعية ، ومنهم من لم يشترطه فيها كالحنفية والمالكية ،

---

(١) القياس لابن تيمية ص٣ ، واعلام الموقعين ج١ ص٣٥٧ وما بعدها .

(٢) الفقرة ١ من المادة ١٢٩ من القانون المدني العراقي : « يجوز أن يكون محل الالتزام معدوما وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعيينا نافيا للجهالة والضرر » .

(٣) المادة ١٢٨ من القانون المدني العراقي .

(٤) الاستاذ محمد سلام مدكور ، المرجع السابق ، ص٤٠٥

وهذا الرأي هو الراجح ، لان الجهالة في التبرعات لا تفضي الى نزاع عادة لانها تبرع واحسان صرف كما يقول الامام القرافي[1] . وعلى هذا الرأي تجوز هبة البعير الشارد والوصية بسهم من المال[2] .

٣٤٧ ـ رابعا ـ أن يكون مقدورا على تسليمه :

وهذا الشرط معقول ، لان الغرض من التعاقد وصول كل عاقد الى ما يترتب على العقد ، أي تسلم محله ، فيشترط أن يكون هذا المحل مقدورا على تسليمه من قبل الملتزم بالتسليم وقت التعاقد لان الاصل في العقود ترتب آثارها بعد انعقادها . وهـــذا الشرط لا خلاف فيه بين الفقهـــاء في عقود المعاوضات . أما في عقود التبرعات ، فبعض الفقهاء كالمالكية لم يشترطه لان العجز عن التسليم لا يؤدي الى النزاع ولا ضرر فيه على الطرف الآخر . وعلى هـــذا يجوز هبة البعير الشارد على هـــذا الرأي ، ولـــكن لا يجـــوز ، بالاتفاق ، بيع البعير الشارد ولا بيع الطير في الهواء ولا السمك في الماء ، ولا بيع المال المباح لان الناس فيه سواء ولا اختصاص لاحد فيـــه قبـــل احرازه وتملكه لعدم القدرة على تسليم هذه الاشياء التي جرى عليها التعاقد[3] .

---

(١) الفروق للقرافي ج١ ص١٩٤

(٢) الكاساني ج٤ ص١٧٩ .

(٣) الكاساني ج٥ ص١٤٦ ، ١٤٧ ، كشاف القناع ج٢ ص١٥ .

الفصل الثالث

العاقد

٣٤٨ ــ تمهيد :

العاقد هو الذي يباشر العقد ويصدر عنه الايجاب أو القبول • وليس كل انسان يصلح أن يكون عاقدا ويعتبر ايجابه وقبوله • فمن الناس من لاقيمة لعبارته ، فلا ينعقد بها عقد ولا يترتب عليها أثر • ومنهم من تعتبر عبارته في بعض العقود والتصرفات دون البعض الآخر ، وبموافقة ارادة أخرى أو بدون هذه الموافقة • ومنهم من تصح عبارته في جميع العقود والتصرفات على وجه الاستقلال أي بدون توقف على موافقة الآخرين • واختلاف الناس في ذلك يرجع الى مدى تمتعهم بالاهلية والولاية ، فمن فقدهما لم يكن لعبارته أي اعتبار ، ومن نقصت فيه احداهما أو كلاهما كان لعبارته اعتبار ناقص ، ومن توافرت فيه على وجه الكمال والتمام اعتبرت عبارته الاعتبار الكامل في جميع العقود والتصرفات • فلابد ، اذن ، من الكلام عن الاهلية أولا ، ثم عن الولاية ثانيا ، مع بعض ما يتعلق بهما من أبحاث •

المبحث الأول

الاهليــة

٣٤٩ ــ الاهلية في اللغة الصلاحية ، يقال فلان أهل لكذا اذا كان صالحا للقيام به • وفي الاصطلاح الفقهي تنقسم الاهلية الى أهلية وجوب وأهلية أداء •

٣٥٠ – أهلية الوجوب :

هي صلاحية الانسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه[١] ، أي صلاحيته لان تثبت له الحقوق وتجب عليه الواجبات . وتثبت هذه الاهلية للانسان بناء على ثبوت الذمة له . والذمة في اللغة العهد ، قال تعالى : « لا يرقبون في مؤمن الا ولا ذمة » وسمي غير المسلمين المقيمين في دار الاسلام على وجه الدوام بناء على عهد بينهم وبين الدولة الاسلامية بأهل الذمة ، أي أهل عهد . والذمة تثبت لكل انسان حي ، فما من مولود يولد الا وله ذمة وبالتالي تكون له أهلية وجوب[٢] . وعلى هذا يمكن القول ان أساس أهلية الوجوب هو حياة الانسان . وأهلية الوجوب بمعناها الفقهي تعرف عند رجال القانون « بالشخصية القانونية » وهي ثابتة لكل انسان ويعرفونها بأنها صلاحية الانسان لان تكون له حقوق وعليه واجبات[٣] . وتعريفهم هذا يماثل تعريفها عند الفقهاء .

٣٥١ – أهلية الاداء :

هي صلاحية الانسان لان يطالب بما له من حق وان يطالب بما عليه من حق للغير ، وأن تعتبر عبارته في انشاء العقود وتترتب عليها آثارها الشرعية[٤] . وأساس هذه الاهلية هو العقل والتميز لا الحياة . ويراد بالتميز معرفة معاني الالفاظ التي تنشأ بها العقود ، وآثار تلك العقود والغبن فيها من فاحش أو يسير ، ولا اعتداد بشيء من ذلك الا لمن بلغ السابعة من عمره ، أما قبل هذه السن فلا اعتبار لعقله ولا لتمييزه[٤] .

٣٥٢ – الاهلية الكاملة والاهلية الناقصة :

كل من أهلية الوجوب والاداء قد تكون ناقصة وقد تكون كاملة نظرا

---

(١) شرح المنار لابن ملك وحاشية الرهاوي ص٩٣٦

(٢) شرح اصول البزدوي ج٤ ص١٣٥٧ ، وشرح المنار ص٩٣٨ .

(٣) المدخل للقانون الخاص للدكتور عبدالمنعم البدراوي ص٥٨

(٤) شرح مرقاة الاصول ج٢ ص٤٣٤ ، واصول الفقه للاستاذ عبدالوهاب خلاف ص١٥٠ .

(٤) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص٨٤

للادوار التي يمر بها الانسان في حياته من مبدأ تكوينه الى كمال عقله وتمييزه • وهذه الادوار هي دور الجنين ، ودور الانفصال الى التمييز ، ودور التمييز الى البلوغ ، ودور البلوغ مع الرشد• ونتكلم فيما يلي عن نوع الاهلية التي تثبت للانسان في كل دور من هذه الادوار •

٣٥٣ ـ الدور الاول ـ دور الجنين :

الجنين في بطن أمه قد ينظر اليه كجزء من أمه يقر بقرارها وينتقل بانتقالها فنحكم بعدم ثبوت الذمة له وبالتالي تنتفي عنه أهلية الوجوب • وقد ينظر اليه من جهة كونه نفسا مستقلة ومنفردا عن أمه بالحياة ومتهيئا للانفصال عنها وصيرورته انسانا مستقلا فنحكم له بوجود الذمة وبالتالي تثبت له أهلية الوجوب • وقد لوحظت فيه هاتان الجهتان فلم يثبت له الفقهاء ذمة كاملة كما لم ينفوا عنه الذمة مطلقا وانما أثبتوا له ذمة ناقصة صالحة لاكتساب بعض الحقوق فقط وبذلك تكون للجنين أهلية وجوب ناقصة تجعله صالحا لاكتساب بعض الحقوق وهي التي لا يحتاج في ثبوتها الى القبول كالميراث والوصية والاستحقاق في غلة الوقف • أما الحقوق التي تحتاج الى قبول ، كالهبة ، فانها لا تثبت له وان كانت نفعا محضا ، لانه ليس له عبارة وليس له ولي يقوم مقامه في القبول • ولا يجب عليه أي حق لنقصان أهليته كما قلنا • وهذه الاهلية الناقصة تثبت للجنين بشرط أن يولد حيا • أما أهلية الاداء فلا وجود لها أصلا اذ لا يتصور صدور أي تصرف منه لعجزه الكامل ولقيامها بالعقل والتمييز وهما منتفيان عن الجنين •

٣٥٤ ـ الدور الثاني ـ دور الانفصال الى سن التمييز (١) :

الجنين متى ما انفصل حيا ثبتت له ذمة كاملة فتثبت له أهلية وجوب

---

(١) سن التمييز مقدرة عند الفقهاء ببلوغ الصغير السنة السابعة من عمره ، وهذا التقدير لغرض ضبط الاحكام ، ولم يكن الفقهاء المتقدمون يقدرون للتمييز سنا معينة وانما فعله المتأخرون • وربما كان أساسه ما جاء في الحديث الشريف بشأن أمر الصغار بالصلاة : مروهم لسبع واضربوهم لعشر ••• وقد جعل القانون المدني العراقي وكذا المصري سن التمييز ببلوغ السابعة •

كاملة فتجب له وعليه الحقوق . وكان ينبغي أن تجب عليه الحقوق كلها لكمال أهلية الوجوب فيه . ولكن لما كان وجوب الحق على الانسان ليس مقصودا لذات الوجوب ، بل المقصود حكمه وهو الاداء ، فكل حق يمكن اداؤه عن الصبي يجب عليه ، وما لا يمكن اداؤه عنه لا يجب عليه[1] . فحقوق العباد المالية كضمان المتلفات ونفقة الاقارب ونحو ذلك تجب على الصغير لان أداءها يحتمل النيابة فيؤديها الولي نيابة عن الصغير . وما كان من حقوق العباد عقوبة كالقصاص لا يجب على الصغير لان العقوبات لاتحتمل النيابة فلا يمكن أن يعاقب الولي نيابة عن الصغير ، فضلا عن أن فعل الصغير لا يوصف بالاجرام فلا يثبت فيه العقاب . أما أهلية الاداء فمعدومة تماما لانعدام ما تقوم به وهو التمييز بالعقل ، فلا يطالب الصغير باداء ما ثبت عليه من حق وانما يطالب وليه بالاداء . ولعدم أهلية الاداء عند الصغير لا ينشأ عن عبارته أي عقد أو التزام ، وهذا ما نص عليه القانون المدني العراقي وكذلك المصري[2] .

٣٥٥ - الدور الثالث - دور التمييز الى البلوغ :

ويبدأ هذا الدور ببلوغ الصغير سن السابعة من عمره . والمقصود بالتمييز معرفة معاني الالفاظ التي تنشأ بها العقود ، وادراك الغبن فيها ، فان لم يتيسر له ذلك لم يكن مميزا ، كما لا يعد مميزا قبل بلوغه السابعة وان أدرك شيئا من ذلك[3] . وينتهي هذا الدور بالبلوغ ويعرف بالعلامات الطبيعية ان وجدت والا ببلوغ تمام الخامسة عشرة من عمره عند جمهور الفقهاء . وفي هذا الدور تثبت للصغير أهلية أداء ناقصة لنقصان عقله . ويترتب على هذه الاهلية صحة تصرفاته النافعة له نفعا محضا كقبوله الهبة والوصية . ولا تعتبر تصرفاته الضارة به ضررا محضا وهي التي يترتب عليها خروج شيء من ملكه دون مقابل كالهبة والوصية ، وان أجازها الولي ، لان الاجازة

---

(١) شرح التلويح على التوضيح ج٢ ص١٦٣

(٢) المادة ٩٦ من القانون المدني العراقي ، والمادة ١١٠ من القانون المدني المصري .

(٣) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص٨٧

اللاحقة تلحق العقود الموقوفة لا العقود الباطلة ، ولان الولي لا يملك ايقاع مثل هذه التصرفات نيابة عن الصغير فلا يملك اجازتها .وأما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر بطبيعتها ، كالبيع والاجارة ، فانها تنعقد من الصغير باعتبار تمتعه بأصل أهلية الاداء ولكن لا تعتبر نافذة لنقصان هذه الاهلية ، وتنفذ اذا أجازها ولي الصغير ، وتبطل اذا لم يجزها . واذا أذن الولي للصغير المميز بمباشرة أعمال التجارة ، متى ما أنس منه قدرة على ذلك ، كانت تصرفاته معتبرة فيما وقع الاذن فيه ، لان الاذن السابق على التصرف بمنزلة الاجازة اللاحقة له بعد وقوعه ، وهذا ما أخذ به القانون المدني العراقي وكذلك المصري[1] .

٣٥٦ ـ الدور الرابع ـ البلوغ مع الرشد :

اذا بلغ الانسان عاقلا رشيدا ثبتت له أهلية اداء كاملة ، وصحت منه جميع العقود والتصرفات دون توقف على اجازة أحد . والمقصود بالرشد ، حسن التصرف في المال وتثميره ، وليس له سن معينة فقد يحصل مع البلوغ وقد يتأخر عنه ، وقد يتقدم عليه ولكن لا اعتبار له قبل البلوغ . وهو يعرف بالمعاملة والتجربة .

المبحث الثاني

عوارض الاهلية

تمهيد :

٣٥٧ ـ اذا بلغ الانسان رشيدا كانت أهلية الاداء فيه كاملة كما قلنا ، ولكن قد يعرض له ما يؤثر فيها فتزول معه أو تنقص . وقد يعرض له ما لا يؤثر فيها ولكنه يستتبع الحد من تصرفاته محافظة على ماله من الضياع أو حفظا لحقوق الغير في ماله فتتغير بعض الاحكام بالنسبة لمن عرض له هذا العارض . وهذه العوارض هي التي تسمى بعوارض الاهلية . وهذه

(١) المواد من ٩٨ ـ ١٠١ من القانون المدني العراقي ، والمواد ٥٤ ، ٥٥ ، ٥٦ ، ١١٢ من القانون المدني المصري .

العوارض تنقسم الى قسمين : عوارض سماوية ، وعوارض مكتسبة . والاولى تثبت من قبل صاحب الشرع بدون اختيار من الانسان ولهذا نسبت الى السماء ، لان ما لا اختيار للانسان فيه ينسب الى السماء ، على معنى انه خارج عن قدرة الانسان ، مثل الجنون والعته . أما العوارض المكتسبة فهي ما كان للانسان فيها كسب واختيار ، وهي نوعان : الاول ، ما يكون من نفس الانسان كالهزل والسكر . والثاني ، ما يكون من غيره عليه وهذا هو الاكراه . وسنتكلم فيما يلي عن بعض العوارض السماوية والمكتسبة في مطلبين متتالين .

المطلب الأول

العوارض السماوية

أولا - الجنون

٣٥٨ - الجنون هو اختلال العقل على نحو يمنع جريان أفعال الانسان وأقواله على ما يقتضيه العقل السوي . وهو نوعان : أصلي وطارىء . والاصلي هو أن يبلغ الانسان مجنونا . والطارىء هو أن يبلغ عاقلا ثم يطرأ عليه الجنون . والجنون بنوعيه لا يؤثر في أهلية الوجوب لان أساسها الحياة ، والجنون لا يعدم الحياة ، ولكنه يؤثر في أهلية الاداء فيعدمها ، لانها تثبت بالعقل والتمييز ، والمجنون فاسد العقل عديم التمييز . ولهذا كان حكم المجنون حكم الصغير غير المميز في تصرفاته وأقواله وأفعاله .

٣٥٩ - الحجر على المجنون :

الجنون من أسباب الحجر . والحجر شرعا هو المنع من التصرفات القولية لا الفعلية ، بمعنى عدم انعقادها أو عدم نفاذها ، وفي الجنون المنع من انعقادها حتى ولو كانت نافعة للمجنون نفعا محضا كما هو الحكم بالنسبة للصغير غير المميز . لان صحة الاقوال والاعتداد بها يكون بالعقل والتمييز ، وبدون ذلك لا يمكن اعتبارها حتى ولو أجازها الولي لوقوعها باطلة ، لان

الأجازة اللاحقة لا تلحق التصرفات الباطلة فلا تقلبها صحيحة[1] . والمجنون محجور لذاته بمعنى ان الجنون متى طرأ على الانسان كان سببا للحجر عليه دون توقف على حكم من القضاء . وعلى هذا لا عبرة بأقواله من حين جنونه . الا أن المجنون ان كان يفيق في بعض الاوقات فان تصرفاته في حال افاقته تعتبر في حكم تصرفات العاقل أي صحيحة .

هذا ، وان القانون المدني العراقي في أحكامه التي نص عليها بالنسبة للمجنون لم يخرج عن أحكام الفقه الاسلامي ، فقد نص على ان المجنون في حكم الصغير غير المميز وانه محجور لذاته وان تصرفاته في حال افاقته ، اذا كان جنونه غير مطبق ، كتصرفات العاقل[2] . أما القانون المدني المصري فقد خرج ، في بعض ما نص عليه ، على أحكام الفقه الاسلامي ، فلم يجعل المجنون محجورا عليه الا بقرار من المحكمة ولا يرفع عنه الحجر الا بقرار من المحكمة أيضا وان تصرفاته قبل تسجيل قرار الحجر صحيحة لا باطلة الا اذا كانت حالة الجنون شائعة وقت التعاقد مع المجنون أو كان الطرف الآخر على بينة منها . كما ان تصرفاته بعد تسجيل قرار الحجر تكون باطلة بطلانا مطلقا سواء أوقعت في حال افاقته ، ان كان يفيق في بعض الاحيان ، أم وقعت في حال جنونه ، بل وحتى لو وقعت بعد رشده ما دام قرار الحجر لم يرفع عنه[3] .

ثانيا ـ العته

٣٦٠ ـ العته اختلال في العقل يجعل صاحبه قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير[4] . وهو نوعان : (الاول) عته لا يبقى معه ادراك ولا تمييز ، وصاحبه يكون كالمجنون فتنعدم فيه أهلية الاداء دون الوجوب ويكون في الاحكام كالمجنون . (الثاني) عته يبقى معه ادراك وتمييز ولكن ليس كادراك العقلاء وتمييزهم . وبهذا النوع من العته يكون الانسان البالغ كالصبي المميز

(١) شرح مرقاة الاصول ج٢ ص٤٣٩

(٢) أنظر المادتين ٩٤ ، ١٠٨ من القانون المدني العراقي .

(٣) أنظر المواد ٤٥ ، ١١٣ ، ١١٤ من القانون المدني المصري .

(٤) شرح الكنز للزيلعي ج٥ ص١٨ .

في الاحكام ، فتثبت له أهلية اداء ناقصة ، أما أهليــة الوجوب فتبقى لــه كاملة . وعلى هذا لا تجب عليه العبادات ولكن يصح منه اداؤها ولا تثبت في حقه العقوبات ، وتجب عليه حقوق العباد التي يكون المقصود منها المال ويصح فيها الاداء نيابة كضمان المتلفات . وتكون تصرفاته صحيحة نافذة اذا كانت نافعة نفعا محضا ، وباطلة ان كانت مضرة له ضررا محضا ، وموقوفة عــلى اجازة الولي ان كانت دائرة بين النفع والضرر . هذا وان المعتوه محجور عليه لذاته ، فهو من هذه الجهة كالمجنون .

٣٦١ ـ المعتوه في القانون المدني العراقي والمصري :

لم يشترط القانون المدني العراقي للحجر على المعتوه حكما من المحكمة فقد جعله محجورا لذاته ، وهذا هو المقرر في الفقه الاسلامي . كما انــه جعله كالصغير المميز في الاحكام دون تفريق بين معتوه ومعتوه[1] ، وهــذا خلاف المستفاد من أقوال الفقهاء اذ يجعلون العته نوعين كما ذكرنا .

اما القانون المدني المصري فقد جعله كالمجنون دون تفريق بين معـتوه ومعتوه وطبق عليه أحكام المجنون من جهة الحجر عليـه ولزوم صـدور حكم الحجر من المحكمة المختصة ومدى اعتبار تصرفاته قبل صدور الحـكم وبعده[2] . واعتبار المعتوه في حكم المجنون مخالف لما هو مقرر في الفقـه الاسلامي من أن العته ليس هو كالجنون دائما ، بل في بعض أنواعــه كما ذكرنا أولا .

ثالثا ـ النوم والاغماء

٣٦٢ ـ النوم والاغمـاء ينافيـان أهليــة الاداء ، لانعــدام التميز في هاتين الحالتين . وعلى هذا لا يعتد بشيء من أقواله مطلقا ، فلو صدر منه ما يصلح بذاته أن يكون ايجابا أو قبولا كان ما صدر منه لغوا لا قيمة له . والاغماء فتور غير طبيعي يعجز به الانسان عن استعمال عقله وسائر قواه[3] .

---

(١) أنظر المادتين ٩٤ ، ١٠٧ من القانون المدني العراقي .
(٢) المواد ٤٥ ، ١١٣ ، ١١٤ من القانون المدني المصري .
(٣) الفقه الاسلامي ، للدكتور محمد يوسف موسى ، ص٢٣٥ .

رابعاً — المرض

٣٦٣ ـ المقصود بالمرض ، هنا ، مرض الموت ، وهو ما يغلب فيه الهلاك عادة ويتصل به الموت فعلا سواء أوقع بسببه أم بسبب آخر خارجي عنه كقتل أو غرق ونحوهما • ويلحق به جميع الاحوال التي يترقب فيها الموت لاصحابها ولا يفلتون منه في العادة كمن قدم للقصاص ومن أشرف على الغرق[١] •

ومرض الموت لا يؤثر في أهلية المريض ، الا انه يؤثر في بعض الاحكام بالنسبة له • وموجز القول في ذلك ان حقوق الدائنين والورثة تتعلق ، عادة ، بأموال المدين بعد وفاته ، ولكن لما كان المرض سببا للموت ، فان تعلق حقوق هؤلاء بمال المدين يثبت من حين حلول المرض اقامة للمرض مقام الموت لان الحكم يضاف الى السبب[٢] • ولصيانة حق الدائن والوارث يثبت الحجر على المريض بالقدر الذي يتحقق به صيانة هذا الحق وهو جميع أموال المريض بالنسبة للدائن ان كان دينه مستغرقا للتركة وبمقدار الدين ان لم يكن مستغرقا لها ، وبمقدار الثلثين بعد سداد الدين واداء وصايا المريض بالنسبة للوارث • ويثبت هذا الحجر على المريض من حين حلول المرض فيه لان علة الحجر مرض مميت ، واذا اتصل به الموت صار المرض من أوله موصوفا بالاماتة • ولكن لما كان المرض لايعرف انه مرض مميت الا اذا اتصل به الموت لم يكن اثبات الحجر عليه بالشك ، ولهذا لا يظهر أثر الحجر قبل الموت ، فتصح تصرفاته دون أن يكون للدائن أو الورثة حق الاعتراض عليها في حال حياته ، وانما لهم هذا الحق بعد وفاته اذا كان التصرف يضر بحقوقهم ، فلهم عند ذلك نقضها بالقدر الذي يحفظ عليهم هذه الحقوق[٣] •

---

(١) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص٩٢

(٢) شرح المنار ص٩٦١ ـ ٩٦٢

(٣) مرقاة الوصول ج٢ ص٤٤٦ ، شرح المنار ص٩٦٢ ، والتلويح على التوضيح ج٢ ص١١٧ •

ويلاحظ هنا ، ان تعلق حق الدائن والوارث بمال المريض لا يمنع أن يكون للمريض حق في أمواله ، فله أن ينفق منها على حاجاته ، كنفقات معيشته وعلاجه ونفقة من تلزمه نفقته ، ولا اعتراض عليه من أحد • كما يلاحظ أيضا ان حق الدائن مقدم على حق الوارث ، فاذا سدد الدين ، نفذت وصايا المريض ان كانت تخرج من الثلث ولم تكن لوارث ، فان كانت أكثر من الثلث أو كانت لوارث توقف الزائد على الثلث والوصية للوارث على اجازة الورثة ، وما بقي بعد ذلك يقسم على الورثة بنسبة سهامهم •

٣٦٤ ـ نكاح المريض :

نكاح المريض صحيح عند الجمهور ويقع به التوارث • ولا يلزم المريض بدفع أكثر من مهر المثل ، اذا كان المهر المسمى يؤثر في حق الدائن أو كان أكثر من ثلث التركة بعد سداد الدين ، وتكون الزيادة على مهر المثل في هذه الاحوال موقوفة على اجازة الدائنين أو الورثة •

وقد اختلف الفقهاء في ارث الزوجة من زوجها في هذا النكاح • فذهب الاوزاعي الى عدم التوارث بين الزوجين بالرغم من صحة النكاح • وذهب الامام مالك الى فساد النكاح وعدم التوارث به[١] ، وذهب آخرون كالشافعي ، الى ثبوت التوارث بهذا النكاح[٢] وهذا هو الراجح •

٣٦٥ ـ طلاق المريض :

اذا طلق المريض مرض الموت زوجته المدخول بها طلاقا بائنا بغير رضاها فان الطلاق يقع عند الفقهاء الا أنهم اختلفوا في ميراثها من زوجها • فذهب الجمهور الى انها ترث ردا لقصد الزوج السيء الذي أراد بهذا الطلاق حرمانها من الميراث • وقال الشافعي وأهل الظاهر انها لا ترث لان الطلاق البائن يقطع الميراث ولا عبرة بالقصد الباطن لان الاحكام تبنى على الظاهر والله يتولى السرائر • ومع ان الجمهور قالوا بتوريث المطلقة من زوجها في هذه الحالة الا أنهم اختلفوا في مدى بقاء هذا الحق للزوجة ،

---

(١) بل ذهب بعض المالكية الى فساد نكاح الذمية ، ويعللون ذلك بأن الذمية قد تسلم فترث زوجها فيتضرر الورثة وهذا غلو لا مبرر له •

(٢) الام للشافعي ج٣ ص٣١ ـ ٣٢ ، المغني ج٦ ص٣٢٦

فعند الحنفية ترث اذا مات وهي في العدة ، وعند الحنابلة ترث ولو انقضت عدتها ما لم تتزوج ، وعند مالك ترث مطلقا سواء انقضت عدتها أو لم تنقض، تزوجت أو لم تتزوج • وعند الجعفرية ترثه خلال سنة من طلاقها ما لم تتزوج • أما اذا كان الطلاق البائن قبل الدخول فقد قال الامام مالك انها ترثه ، وعند الحنفية وجمهور الحنابلة لا ترث وهذا هو الظاهر من مذهب الجعفرية على ما ذكره الطوسي في كتابه الخلاف[١] • والراجح قول من قال بتوريثها مطلقا[٢] •

٣٦٦ - طلاق المريض في القانون العراقي والمصري :

نص قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم **١٨٨** لسنة **١٩٥٩** على ان المطلقة في مرض الموت ترث زوجها • الا أنه جاء بحكم غريب لا نعلم ان أحدا من الفقهاء قال به وهو ان طلاق المريض مرض الموت لا يقع[٣] • أما القانون المصري فقد نص على ان الزوجة المطلقة بائنا في مرض الموت تعتبر في حكم الزوجة بالنسبة للميراث من زوجها اذا كان الطلاق بغير رضاها وترث زوجها اذا مات وهي في العدة[٤] •

---

(١) الخلاف للطوسي ج٢ ص٤٥٦ ، الام ج٥ ص٢٣٥ - ٢٣٦ ، الهداية وفتح القدير ج٣ ص١٥٠ - ١٥٣ ، المغني ج٣ ص٣٢٩ - ٣٣٢ ، القواعد لابن رجب ص٢٣٠ ، المدونة الكبرى ج٢ ص١٣٢ •

(٢) لان العلة في توريثها هي دفع الضرر عن هذه المطلقة ، وهذا المقصود لا يحصل الا اذا قلنا بتوريثها مطلقا ، في عدة أو بعدها ، تزوجت أو لم تتزوج ، والقول بخلاف ذلك قد يؤدي الى حرمانها من الميراث اذا مات الزوج بعد العدة أو بعد زواجها ، أو اذا طلقها قبل الدخول •

(٣) أنظر المادة ٣٥ من قانون الاحوال الشخصية العراقي •

(٤) المادة ١١ من قانون المواريث المصري رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ : تعتبر المطلقة بائنا في مرض الموت في حكم الزوجة اذا لم ترض بالطلاق ومات المطلق في ذلك المرض وهي في عدتها •

المطلب الثاني

العوارض المكتسبة

أولا – السفه

٣٦٧ – السفه في اللغة الخفة ، وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عن التصرف في المال على خلاف مقتضى الشرع والعقل مع قيام العقل[١] . وعد السفه من العوارض المكتسبة لان السفيه يعمل باختياره على خلاف مقتضى العقل[٢]. وهو يؤثر في بعض الاحكام ، ويظهر هذا الاثر في عدم تسليم المال الى الصبي اذا بلغ سفيها ، وفي الحجر على البالغ العاقل بسبب السفه . فلا بد من الكلام عن هاتين المسألتين وما يتعلق بهما من أحكام .

المسألة الاولى

في دفع المال لمن بلغ سفيها

٣٦٨ – اتفق الفقهاء ما عدا الظاهرية على ان الصبي اذا بلغ سفيها لا يدفع اليه ماله ، واحتجوا بقوله تعالى : « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما » وانما يدفع اليه المال بعد البلوغ اذا أنس منه الرشد ، أي اذا عرف ، لقوله تعالى : « وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم » . فايتاء المال يشترط له البلوغ والرشد بنص هذه الآية . وقال الظاهرية ، يدفع المال الى من بلغ عاقلا ، لان الرشد عندهم هو البلوغ مع العقل ، والسفه عندهم هو عدم العقل ، وعلى هذا فمن بلغ عاقلا تحقق فيه الرشد ووجب دفع المال اليه[٣] . أما الجمهور ، فلا يرون هذا الرأي ، فالرشد ، عندهم ، الصلاح في العقل والقدرة على حفظ وحسن التصرف فيه[٤] ، فليس كل عاقل رشيدا وان كان كل رشيد عاقلا . وعند الجعفرية ، الرشيد هو البالغ العاقل المصلح لماله والعدل في دينه[٥] ،

---

(١) شرح المنار ص٩٨٨

(٢) شرح مرآة الاصول ج٢ ص٤٥٨

(٣) المحلى ج٨ ص٢٨٦ – ٢٨٧ .

(٤) التلويح ج٢ ص١٩١ .

(٥) الخلاف للطوسي ج٢ ص١٢١ .

فلا يتحقق الرشد بالقدرة على حفظ المال فقط وانما به وبالعدالة في الدين . الا أن هذا الرأي ، على ما يبدو ، ليس محل اتفاق عندهم ، فقد ذكر بعض متأخري مجتهديهم ان الرشيد هو المصلح لماله دون أن يشترط فيه العدالة في الدين[1] .

٣٦٩ - هل يراد بالرشد حقيقته أو مظنته ؟

اختلف الفقهاء في المراد بالرشد على قولين :

القول الاول : المراد بالرشد حقيقته ، فلا بد من وجوده ومعرفته ، فلا يجوز أن يقام مقامه شيء آخر من بلوغ سن معينة أو غير ذلك . وعلى هذا القول لا يدفع المال للصبي بعد البلوغ حتى يثبت رشده مهما بلغ من السن ، بل وحتى لو صار شيخا كبيرا . وهذا قول الجمهور من الشافعية والمالكية والحنابلة والجعفرية وأبي يوسف ومحمد صاحبي أبي حنيفة[2] .

والحجة لهذا القول ان دفع المال بعد البلوغ معلق بايناس الرشد ، فما لم يوجد ويثبت لا يجوز دفع المال الى الصبي بمجرد بلوغه ، لان المعلق على الشرط معدوم قبل وجود الشرط . ولان السفه في حكم منع المال بمنزلة الجنون والعته ، وهما يمنعان دفع المال الى من بلغ مجنونا أو معتوها ويستمر المنع الى أن يزول عارض الجنون أو العته ، فكذلك السفه[3] .

القول الثاني : قول أبي حنيفة ، وعنده المراد بالرشد حقيقته قبل بلوغ سن الخامسة والعشرين ، ومظنته بعد بلوغ هذه السن . فمن بلغ رشيدا وثبت رشده دفع اليه ماله وان لم يبلغ الخامسة والعشرين . ومن بلغ غير رشيد أو لم يعلم رشده انتظرنا بلوغه الخامسة والعشرين ، وعند ذلك يحكم برشده ويدفع اليه ماله ، سواء علم منه الرشد أم لم يعلم ، لان هذه السن مظنة الرشد ولا ينفك عنها الا نادرا ، والاحكام تبنى على الغالب لا على

(١) منهاج الصالحين للمجتهد السيد محسن الحكيم ج٢ ص١١٣ .
(٢) المغني ج٤ ص٤٥٧ ، الخلاف للطوسي ج٢ ص١٢١ ، السيد محسن الحكيم ، المرجع السابق ، ج٢ ص١١٣ .
(٣) كشف الاسرار ، شرح أصول اليزدوي ، ج٤ ص١٤٩٠ .

النادر ، كما استدل أبو حنيفة بأدلة ، منها[1] :

آ ـ منع المال عمن بلغ غير رشيد مرده الى أن السفه قد لا يفارق الانسان في أول أحوال البلوغ ، أما اذا تطاول الزمن بأن بلغ الخامسة والعشرين ، فلا بد أن يستفيد رشدا بطريق التجربة ، لان التجارب تفتح العقول وتبصر الانسان . وبهذا الرشد المستفاد يتحقق شرط دفع المال ، لان الرشد جاء في الآية نكرة فيصدق على أدنى رشد .

ب ـ ان منع المال عن البالغ العاقل غير الرشيد ، اما أن يكون للتأديب، واما أن يكون على وجه العقوبة على فعل الحرام وهو التبذير ، واما أن يكون حكما غير معقول المعنى ثبت بالنص . فاذا كان المنع للتأديب ، فالتأديب انما يحسن اذا كان مرجوا نفعه ، أما اذا انقطع الرجاء بأن بلغ خمسا وعشرين سنة ولم يؤنس رشده فلا معنى لاستمرار منع ماله عنه اذ لا فائدة من ذلك فيكون عبثا ، والاحكام لا تشرع للعبث . وان كان المنع على وجه العقوبة فالعقوبة تسقط بالشبهة ، والشبهة هنا قائمة لوجود شيء من الرشد للانسان اذا بلغ هذه السن كما قلنا ، فيلزم دفع المال في هذه الحالة لانه اذا سقط المانع عاد الممنوع . وان كان المنع ثبت بالنص غير معقول المعنى سقط أيضا لان الشرط لدفع المال هو حصول رشد ما ، وقد حصل ببلوغ الخامسة والعشرين .

٣٧٠ ـ القول الراجح :

مع تسليمنا بقوة أدلة أبي حنيفة ، الا ان ظاهر الآية لا يساعده ، لان دفع المال علق بايناس الرشد لا ببلوغ سن معينة ، وحتى لو ساغ اقامة السن مقام الرشد لامكن الاعتراض عليه من جهة تحديده هذه السن بـ (٢٥) سنة وعدم جعلها أكثر أو قل منها . وعليه فان قول الجمهور هو الذي يترجح عندي .

---

(١) اصول البزدوي وكشف الاسرار ج٤ ص١٤٩٠ ـ ١٤٩١ .

المسألة الثانية

الحجر على السفيه

٣٧١ - اختلف الفقهاء في جعل السفه سببا للحجر ، سواء أكان أصليا ، بأن يبلغ الانسان سفيها ، أم كان طارئا بأن يبلغ الانسان عاقلا رشيدا ثم يطرأ عليه السفه . ويمكن رد اختلافاتهم الى قولين :

القول الاول : ذهب الجمهور من الشافعية والحنابلة والمالكية والجعفرية ، وهو مذهب أبي يوسف ومحمد صاحبي أبي حنيفة ، الى أن السفه سبب الحجر ، فاذا وجد وجب الحجر على السفيه[1] .

القول الثاني : وهو المنع من الحجر بسبب السفه ، وهذا قول أبي حنيفة ومذهب الظاهرية[2] .

٣٧٢ - الادلة[3] :

استدل الجمهور على قولهم ان السفيه يحجر عليه بجملة أدلة ، منها :

آ - جاء في القرآن الكريم : « فان كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل » . فهذه الآية أفادت ثبوت الولاية على السفيه ، وهذا لا يتصور الا بعد الحجر عليه .

ب - طلب الامام علي بن أبي طالب من الخليفة عثمان بن عفان الحجر على عبدالله بن جعفر لتبذيره المال ، ولو لم يكن الحجر على السفيه جائزا لما طلبه الامام علي .

ج - الحجر على الصغير ثبت لاحتمال تبذيره ، وهذا المعنى موجود في السفيه ، فكان الحجر عليه أولى .

---

(١) المغني ج٤ ص٤٥٨ ، كشف الاسرار ج٤ ص١٤٩٢ ، الخلاف للطوسي ج٢ ص٢٢ .

(٢) أحكام القرآن للجصاص ج١ ص٤٨٩ ، المحلى ج٨ ص٢٧٨ وما بعدها ، التلويح ج٢ ص١٩٢ .

(٣) الجصاص ، المرجع السابق ، ج١ ص٤٧٨ وما بعدها ، المغني ج٤ ص٤٥٨ ، كشف الاسرار ج٤ ص١٤٩١ وما بعدها ، الخلاف للطوسي ج٢ ص١٢٢ - ١٢٣ .

د ـ السفيه لا يحسن التصرف في ماله ، فهو في حاجة الى من يرعاه ويحفظ له ماله ، ولا يتأتى هذا المطلوب الا بالحجر عليه ، كما هو الحكم في الصبي المميز • ولا يقال ان السفيه عاص بتبذيره المال فلا يستحق الرعاية ، لاننا نقول ان المعصية لا تخرج صاحبها عن استحقاق النظر له ورعاية مصلحته ، ألا يرى ان القاتل عمدا لم تخرجه جنايته عن استحقاق النظر له بدليل جواز العفو عنه ، فالسفيه أولى أن تلاحظ مصلحته •

هـ ـ الحجر على السفيه يدفع الضرر عن الجماعة ، اذ بهذا الحجر يصان ماله فلا يكون عالة على غيره ولا يتحمل بيت المال نفقته ، فيكون هذا الحجر واجبا كما يجب الحجر على المفتي الماجن والطبيب الجاهل دفعا للضرر عن الجماعة •

٣٧٣ ـ واستدل أبو حنيفة بجملة أدلة ، منها :

آ ـ ان السفيه مخاطب بالتكاليف الشرعية لان الخطاب بالاهلية وهي البلوغ مع العقل ، والسفه لا يوجب نقصا في عقله ولا تمييزه ، فيبقى مخاطبا بحقوق الشرع وتصح تصرفاته القولية كالطلاق والنكاح ، ويحبس في ديون العباد ، ويعاقب على جرائمه ، ويؤاخذ باقراره بارتكاب الجرائم • فلو كان السفه يبقى معتبرا بعد البلوغ في لزوم الحجر عليه لكان الاولى أن يحجر عليه في اقراره بأسباب العقوبات ، لان ضرر النفس أعظم من ضرر المال •

ب ـ الانسان ببلوغه عاقلا تكمل أهليته وتتم شخصيته ، فالحجر عليه في هذه الحالة اهدار لكرامته وانسانيته ، وهذا لا يجوز • واذا قيل ان الحجر عليه ثبت لمصلحته ، فالجواب ان ضرر اهدار آدميته والحاقه بالبهائم بالحجر عليه أشد من ضرر اضاعته المال ، والقاعدة الشرعية تقضي بتحمل الضرر اللاحق في سبيل دفع الضرر الاشد ، فيكون عدم الحجر عليه من مصلحته •

ج ـ جاء في الحديث الشريف ان رجلا كان يغبن في البياعات ، فأتى به أهله الى الرسول (ص) طالبين منه الحجر عليه فلم يجبهم الرسول (ص)

الى ما أرادوا ، وانما أمره أن يشترط لنفسه الخيار في البيـــع ، فلو كان الحجر جائزا لحجر عليه •

د ـ أما احتجاجهم بآية : « فان كان الذي عليه الحق سفيها •• الخ » فلا حجة لهم فيها ، لان الولي هنا هو ولي الحق لا ولي السفيه •

هـ ـ واحتجاجهم بطلب الامام علي الحجر على عبدالله بن جعفر لا حجة لهم فيه لكونه محمولا على التخويف لا الالزام ، أو يحمل على طلب منع المال عنه لعدم بلوغه سن الخامسة عشرة •

و ـ التبذير معصية ، والمعصية لا تكون سببا للرعاية ، والحجر على السفيه من ضروب الرعاية فلا يلزم • والاستدلال بجواز العفو عن القاتل العمد ، مع أن جريمته معصية غليظة والعفو من باب الرعاية والاحسان ، هذا الاستدلال لا ينقض ما قلناه من أن المعصية لا تكون سببا للرعاية لان القائلين بالحجر يوجبونه على السفيه ، والعفو عن القاتل جائز لا واجب •

ز ـ قولهم ان الحجر على السفيه لدفع الضرر عن الجماعة ، قـول مردود ، لان السفيه يتصرف في خالص ماله ولا حق لاحد في مالـه حتى يمنع من التصرف فيه •

٣٧٤ ـ القول الراجح :

الراجح هو القول بالحجر على السفيه لان ظواهر النصوص تؤيده • كما ان في هذا الحجر مصلحة للسفيه بحفظ ماله ودفع الضرر عن الجماعة، ولا يقال ان تصرفه في ماله ولا حق للجماعة فيه ، لاننا نقول ان تصــرف الانسان في خالص ماله مقيد بعدم الاضرار بالغير ، ألا يرى ان من يتصرف في داره تصرفا يضر الجيران يمنع من ذلك فكذا السفيه يمنع من التصرف في ماله لئلا يفنى ماله فيصير عالة على الجماعة وعلى بيت المال ، وهذا ضرر يجب دفعه بالحجر عليه •

٣٧٥ ـ متى يتم الحجر على السفيه ؟

ذهب بعض الفقهاء الى أن السفيه محجور بنفس السفه من غير حاجة

الى حكم من المحكمة بالحجر عليه • وحجتهم ان السفه علة الحجر فمتى وجدت وجد المعلول أي الحجر ومتى انتفت انتفى الحجر كما هو الحكم في الجنون والصغر •

وذهب البعض الآخر من الفقهاء الى أن السفيه لا يحجر عليه الا بقرار من المحكمة • والحجة لهذا القول ان الحجر مبناه مصلحة المحجور ، وهي مترددة بين اثبات الحجر عليه لحفظ ماله وبين ترك الحجر لئلا يهدر قوله ، والترجيح انما يكون للقاضي في الامور المحتملة للوجهين • وأيضا فان السفه ليس شيئا محسوسا وانما يستدل عليه بالغبن في التصرفات ، وقد يكون هذا الغبن احتيالا ولا يثبت ذلك الا بقضاء القاضي • وأيضا فان الحجر مختلف فيه بين الفقهاء فلا يثبت الا بقضاء القاضي كالحجر بسبب الدين • واذا ما حجر على السفيه بقضاء القاضي ، فان هذا الحجر لا يرفع الا بقضاء القاضي أيضا • والراجح هو القول الثاني ، فلا يحجر على السفيه الا بقرار من المحكمة ، وهذا ما أخذ به القانون المدني العراقي كما سنذكره فيما بعد •

٣٧٦ ـ حكم تصرفات السفيه المحجور :

السفيه بعد الحجر عليه كالصغير المميز في التصرفات القابلة للفسخ كالبيع والاجارة ، فتكون موقوفة على من له الولاية عليه اذا كانت مترددة بين النفع والضرر ونافذة اذا كانت نافعة نفعا محضا له كقبول الهبة ، وباطلة اذا كانت مضرة به ضررا محضا • ولكن يجوز له استحسانا الوصية في وجوه البر وان لم يكن من أهل التبرع وكذلك يجوز له الوقف على نفسه ثم على جهة خير وبر • أما تصرفاته التي لا تقبل الفسخ فصحيحة نافذة كالنكاح والطلاق خلافا للحكم بالنسبة للصغير المميز • ولكن اذا سمي في عقد النكاح أكثر من مهر المثل لم يلزمه الا مهر المثل ولو أذن له القيم بذلك •

٣٧٧ ـ السفه في القانون المدني العراقي :

أخذ القانون المدني العراقي برأي من قال ان السفيه لا يحجر عليه

الا بقرار من المحكمة المختصة ولا يرفع عنه الحجر الا بقرار منها[1] . فاذا ما تم الحجر كان حكمه حكم الصغير المميز في المعاملات المالية . أما قبل الحجر فحكم تصرفاته حكم تصرفات البالغ العاقل الرشيد الا اذا وقع منه التصرف قبل الحجر بطريق الغش والتواطىء مع الغير[2] ، وهذا استثناء حسن يتفق والغرض من الحجر ويتفق واصول الشريعة العامة .

والسفيه المحجور وان لم يكن من أهل التبرع الا أن القانون أجاز له الوصية بثلث ماله[3] وهذا هو المقرر فقها . والحكمة في هذا الجواز واضحة لان الوصية تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت فلا ضرر منها على السفيه في حياته .

ونكاح السفيه صحيح نافذ قبل الحجر وبعده . لان قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ اشترط لاهلية الزواج العقل والبلوغ ، ولا شك ان السفيه بالغ عاقل ، وهذا هو المقرر فقها . وكذلك يعتبر طلاقه صحيحا نافذا لان المادة (٣٤) من هذا القانون عددت من لا يقع طلاقهم ولم تذكر معهم السفيه ، وهذا هو المقرر فقها .

٣٧٨ ـ السفه في القانون المصري :

قرر هذا القانون ان الحجر على السفيه يكون بحكم من المحكمة وكذا رفعه[4] . أما تصرفاته المالية ، فان صدرت منه بعد تسجيل قرار الحجر ، فانها تكون بمنزلة تصرفات الصغير المميز ، فتنفذ ان كانت نافعة نفعا محضا ، وتبطل ان كانت ضارة به ضررا محضا ، وتكون موقوفة على اذن القيم ان كانت مترددة بين النفع والضرر . أما تصرفاته قبل الحجر عليه فانها لا تكون باطلة أو قابلة للابطال الا اذا وقعت بنتيجة استغلال المتعاقد مع السفيه أو تواطئه مع السفيه الذي يتوقع الحجر عليه ، فان لم يثبت شيء من ذلك

---

(١) المادة ٩٥ ، والمادة ١٠ الفقرة الثالثة .
(٢) المادة (١٠) الفقرة الاولى .
(٣) المادة (١٠) الفقرة الثانية .
(٤) المادة (٦٥) من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

كانت تصرفاته صحيحة[١] .

وقد استثنى القانون المصري وصية السفيه ووقفه ، فقرر صحتهما متى ما أذنت المحكمة بذلك[٢] . كما استثنى القانون أعمال الادارة اذا أذن له القيم بتسلم أمواله لادارتها وصدر الاذن بالوجه القانوني[٣] ، وفي هذه الحالة تسري عليه الاحكام التي تسري على القاصر المأذون[٤] .

ثانيا – السكر

٣٧٩ – تمهيد :

السكر هو زوال العقل بتناول الخمر أو أي مسكر بحيث لا يدري السكران بعد افاقته ما كان قد صدر منه حال سكره[٥] . فالسكر يعطل ويعدم التمييز . وكان ينبغي لذلك أن تنعدم به أهلية الاداء ، ولكن الفقهاء لم يقولوا بذلك في جميع حالات السكر ، بل فرقوا بين السكر بطريق مباح والسكر بطريق محظور .

٣٨٠ – السكر بطريق مباح :

ويكون السكر بطريق مباح اذا تناول الانسان المسكر اضطرارا أو اكراها أو عن غير علم بكونه مسكرا أو شرب دواء فأسكره ونحو ذلك . وحكم السكران في هذه الاحوال حكم المغمى عليه فلا تصح عبارته ولا يترتب عليها أي أثر قانوني ولا ينعقد بها عقد ولا تصرف ، ولا خلاف في هذا بين الفقهاء .

٣٨١ – السكر بطريق محظور :

ويكون السكر بطريق محظور اذا تناول الانسان المسكر عن علم به

---

(١) المادة (١١٥) من القانون المدني المصري .

(٢) المادة الخامسة من قانون الوصية المصري ، والمادة ١٦٦ ، الفقرة الاولى ، من القانون المدني المصري .

(٣) المادة ١١٦ ، الفقرة الثانية من القانون المدني المصري .

(٤) المادة ٦٨ من قانون الولاية على المال .

(٥) كشف الاسرار ج٤ ص١٤٨٢ .

ورغبة فيه واختيار له • وقد اختلف الفقهاء في مدى اعتبار أقواله وانعقاد العقود والتصرفات بها • ويمكن رد اختلافهم الى القولين التاليين مع مجمل أدلتهم[1] •

القول الاول :

لا يعتد بشيء من أقواله ولا يترتب عليها أي أثر شرعي ، فلا يقع طلاقه ولا بيعه ولا شراؤه ولا سائر عقوده وتصرفاته • وهذا مذهب الظاهرية والجعفرية وعثمان البتي والليث وهو احدى الروايات عن أحمد بن حنبل والتي استقر عليها كما نقل الامام ابن القيم ، وهو اختيار الطحاوي من الحنفية •

القول الثاني :

تعتبر أقواله وتترتب عليها آثارها الشرعية فيقع طلاقه وسائر تصرفاته القولية • وهذا مذهب الحنفية والشافعية والمالكية على تفصيل واختلاف في بعض التصرفات • فعند الحنفية ، مثلا ، تعتبر أقوال السكران ما عدا الردة والاقرار بما يحتمل الرجوع فيه كالاقرار بالزنا •

٣٨٢ ـ أدلة القول الاول :

آ ـ السكران لا يعلم ما يقول ، قال تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون » • فالسكران لا يدري ما يقول ، ومن لا يدري ما يقول لا يجوز الزامه بأقواله ولا ترتيب أي أثر عليها ، فعبارته لغو كعبارة المجنون •

ب ـ ان أقل ما يصح به التصرف القصد أو مظنته ، وليس للسكران واحد منهما •

---

(١) زاد المعاد ج٢ ص٢٠٢ ـ ٢٠٣ ، أعلام الموقعين ج٤ ص٤٠ـ٤٢ ، المغني ص١١٣ ـ ١٢٤ ، المهذب للشيرازي ج٢ ص٨٢ ، المحلى ج١ ص٢٠٩ ـ ٢١١ ، الخلاف للطوسي ج٢ ص٤٥٤ ، المختصر النافع ص٢٢١ ، مختصر الطحاوي ص٢٨٠ ، بدائع الصنائع للكاساني ج٣ ص٦٩ ، التلويح ج٢ ص ١٨٥ ـ ١٨٦ •

ج - لا فرق بين من سكر بطريق مباح وبين من سكر بطريق محظور ، فالاثنان لا عقل لهما ولا تميز ، فيجب أن يتساويا في الحكم . أما كون سكر الاول بطريق مباح وسكر الثاني بطريق محرم ، فهذا تأثيره في ترتيب العقوبة على السكران . ألا يرى ان من كسرت ساقاه صلى قاعدا ومن كسر ساقيه بنفسه صلى قاعدا أيضا ، مع ان الثاني أجرم بكسر ساقيه دون الاول .

٣٨٣ - أدلة القول الثاني :

السكران بطريق محظور هو الذي تسبب بازالة عقله بتناوله ما هو محرم عليه ، فلا يستحق بمعصيته التخفيف ، فيعتبر عقله قائما تقديرا عقوبة له وزجرا . ولا عجب في ذلك ، فقد يعطى للزائل حقيقة حكم الموجود تقديرا اذا زال بسبب هو معصية لغرض الزجر والردع ، كمن قتل مورثه ، فان المورث يعتبر حيا بالنسبة للقاتل ، عقوبة له ، فلا يرثه . والخلاصة فان الجريمة - كالسكر - لا تصلح سببا للتخفيف عن صاحبها ، بل ان ارتكابها يدل على ان صاحبها قد رضي بجميع النتائج المترتبة على جريمته .

٣٨٤ - القول الراجح :

أدلة القائلين بعدم اعتبار أقوال السكران مقبولة وسليمة ، لان اعتبار القول يكون بالقصد ، ولا قصد للسكران لزوال عقله وتمييزه . أما الزامه بأقواله على وجه العقوبة فلا وجه له فلا يصح ، لان العقوبة تقدر من قبل الشارع ولا تقدر بالرأي ، والشارع لم ينص على الزامه بأقواله ، بل بين ان السكران لا يعلم ما يقول ، ومن لا يعلم ما يقول لا يقصد معنى ما يقوله فلا يترتب على قوله أثر ، كالاعجمي اذا تلفظ بلفظ « الطلاق » وهو لا يعرف معناه لا يترتب على لفظه أثر ولا يقع طلاقه . والقياس على قاتل مورثه قياس مع الفارق لان القاتل قصد قتل مورثه ليستعجل ميراثه فعوقب بحرمانه ، أما السكران فقد قصد السكر ولم يقصد ايقاع التصرف ، فكيف نقول بوقوعه ؟ وحتى لو جاز اعتبار قوله على وجه العقوبة فكيف نوقع عليه

عقوبة تسري الى غيره كما لو طلق امرأته في حال سكره ؟ فالقول الراجح هو القول الاول ، فلا تعتبر أقوال السكران ولا يترتب عليها أثر .

٣٨٥ - حكم السكران في القوانين الوضعية :

نص قانون الاحوال الشخصية العراقي على عدم وقوع طلاق السكران[١] ، ولم يقيد ذلك بكون سكره بطريق مباح أو محظور ، فيجب حمل النص على اطلاقه ، فلا يقع طلاق السكران مطلقا . وكذلك لا يقع نكاح السكران بموجب القانون المذكور لانه اشترط لاهلية النكاح العقل والبلوغ[٢] . والسكران زائل العقل فلا ينعقد بعبارته عقد النكاح . وهكذا سائر تصرفاته القولية لان الشرط في صحتها القصد والاختيار ، والسكران لا قصد له ولا اختيار .

وفي مصر نص القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ في مادته الاولى على عدم وقوع طلاق السكران دون تفريق بين سكر بطريق محظور وسكر بطريق مباح ، وعلى هذا لا يقع طلاق السكران مطلقا .

المبحث الثالث

الولايــة

٣٨٦- الولاية في اللغة مصدر «ولي» ، يقال ولي الشيء اذا ملك أمره وكان له القيام به أو عليه . وفي اصطلاح الفقهاء ، الولاية سلطة شرعية على النفس أو المال يترتب عليها نفاذ التصرف فيهما شرعا[٣] . فالعقد ، والتصرف عموما ، لا يكون نافذا الا اذا تحقق في العاقد أمران : أهلية الاداء الكاملة والولاية . اذ بالاهلية ينعقد العقد والتصرف ويكون له وجود في الخارج .

---

(١) المادة (٣٥) الفقرة الاولى ، من قانون الاحوال الشخصية العراقي .

(٢) المادة (٧) الفقرة الاولى ، من القانون السابق .

(٣) النيابة عن الغير في التصرف ، لاستاذنا الشيخ علي الخفيف ، ص ٧ .

وبالولاية ينفذ هذا التصرف وتترتب آثاره .

٣٨٧ - أنواع الولاية :

والولاية ، بمعناها الفقهي الاصطلاحي ، قد تثبت للشخص على نفسه وماله ، وهذه هي الولاية الذاتية أو القاصرة . وقد تثبت للشخص على مال غيره أو نفسه وهذه هي الولاية المتعدية .

أولا - الولاية الذاتية :

وهذه تثبت للشخص الكامل الاهلية ، أي للشخص البالغ العاقل الرشيد ، فله الولاية التامة على جميع شؤونه وأمواله ، وتنفذ جميع عقوده وتصرفاته في حق نفسه وماله ، ولا يقيد نفاذ هذه التصرفات الا قيد واحد هو عدم الاضرار بالغير . وعلى هذا اذا خلت تصرفاته من الاضرار بالغير نفذت ولا حق لاحد بالاعتراض عليها . وان كانت مضرة بالغير توقف نفاذها على اجازة هذا المتضرر ، كما في تصرفات المدين الضارة بالدائنين ، فانها موقوفة على اجازتهم ، وكما في بيع الراهن العين المرهونة يكون موقوفا على اجازة المرتهن اذا لم يؤد الراهن له ما عليه من دين[١] .

ثانيا - الولاية المتعدية :

وهذه الولاية تثبت للشخص على غيره بسبب أمر عارض جعله الشارع علة وسببا لثبوتها . وهي نوعان : أصلية ، ونيابية[٢] .

آ - الولاية الاصلية : وهي التي تثبت بسبب الابوة كولاية الاب والجد الصحيح (أبي الاب) . فهي تثبت لهما بسبب أمر عارض هو ولادة المولى عليه ، أي الصغير ، لهما . فهما يستمدانها من الشارع ابتداء لهذا السبب ، ولا يستمدانها من شخص آخر عن طريق النيابة .

ب - الولاية النيابية : وهذه ، كما هو ظاهر من اسمها ، تثبت عن طريق النيابة ، أي باستمدادها من شخص آخر . كولاية الوصي ، والوكيل،

---

(١) المدخل للفقه الاسلامي ، للاستاذ محمد سلام مدكور ، ٤٦٠ .

(٢) الاستاذ علي الخفيف ، مختصر أحكام المعاملات الشرعية ، ص٩٦ .

والامام • فالوصي يستفيد ولايته ممن أقامه • والوكيل يستفيد ولايتـه من الموكل ، والامام يستمد ولايته من عموم المسلمين ببيعتهم له •

٣٨٨ – الولاية على النفس والمال :

والولاية المتعدية ، قد تكون ولاية على النفس ، وقد تكون ولاية على المـــال •

أولا – الولاية على النفس :

وهذه الولاية ، بمعناها العام ، تتضمن أنواعا عديدة من القيام عـلى نفس المولى عليه كولاية الحضانة – وهي ولاية ضم الصغير في سن معينـة والقيام على شؤونه فيها من تربية وتأديب – وولاية ضمه بعد هذه السن الى من له الولاية على النفس لاتمام تربيته وتوجيهه ، وولاية تزويجه[١] •

ثانيا – الولاية على المال :

وهذه تخص التصرفات المتعلقة بمال من تثبت عليه هـــذه الولايـة كالصغير ومن في حكمه كالمجنون والمعتوه • وتكون هذه الولايـة لمن تثبت لهم شرعا كالاب أو وصيه ، والجد أو وصيه ، والقاضي أو وصيه • وهؤلاء الاولياء يقدم بعضهم على بعض حسب حال المولى عليه[٢] • فهي تثبت عـلى الصغير للاب باتفاق الفقهاء ، ولكنهم اختلفوا فيمن تثبت له بعد الاب • فعند الحنفية تكون بعد الاب لوصيه ثم لوصي وصيه وهكذا • فان لم يكن وصي كانت للجـد الصحيح ، أبـي الاب ، وان علا ثم لوصي الجـد ، ثم لوصي وصيه وهكذا • فان لم يكن جد ولا وصي جد كانت للقاضي أو وصيه الذي يقيمه • وذهب المالكية والحنابلة الى أن الولاية على الصغير تثبت بعد الاب لوصيه ثم للقاضي أو وصيه • وعند الشافعية تثبت بعد الاب للجد الصحيح

---

(١) النيابة عن الغير ، للاستاذ علي الخفيف ، ص٩

(٢) الكاساني ج٥ ص١٥٥ ، رد المحتار لابن عابدين ج٢ ص١٥١ ، الزيلعي وحاشية الشلبي ج٥ ص١٩٦ ، المغني ج٤ ص٤٧١ ، كشاف القناع ج٢ ص٢٢٣ وما بعدها ، منتهى الارادات ج٢ ص١٥٤ ، شرح منهج الطلاب وحاشية البجيرمي ج٢ ص٤٣٦ وما بعدها ، الشرح الصغير للدردير ج٢ ص١٣٠ – ١٣١ •

ثم بعده للوصي المختار من الاب أو من الجد ، ومن تأخر موته منهما ، ثم للقاضي أو وصيه . وعند الجعفرية تكون الولاية على الصغير لكل من الاب والجد كليهما ، فان اختلفا قدم رأي الجد ، ثم لوصي أحدهما ثم للقاضي . أما الولاية على المجنون والمعتوه ، فقد قال الحنفية ، اذا اتصل الجنون أو العته بالصغر فبلغ الصغير مجنونا أو معتوها استمرت الولاية لمن كان وليا على الصغير ، والى هذا القول ذهب أيضا الشافعية والجعفرية والمالكية والحنابلة. أما اذا بلغ رشيدا ثم طرأ عليه الجنون أو العته ، فرأيان عند الجميع ، رأي يجعلها لمن كانت الولاية له على الصغير ، ورأي يجعلها لمن تعينه المحكمة . واختلف الفقهاء أيضا في السفيه وذي الغفلة ، فذهب الحنفية الى أن الولاية عليهما تثبت للقاضي أو من يقيمه ، سواء اتصل عارض السفه والغفلة بالصغر أو طرأ بعد البلوغ والرشد . وعند الجعفرية تكون الولاية للقاضي اذا لم يتصل السفه والغفلة بالصغر ، فاذا اتصل فعندهم قولان أرجحهما انها تكون للقاضي[1] .

٣٨٩ – شروط الولاية المالية على الصغير ومن في حكمه :

يشترط في الولي أن يكون ذا أهلية اداء كاملة ، فلا ولاية للصغير ولا للمجنون على مال الغير ، لانهما لا يملكان هذه الولاية على أموالهما فلأن لا تثبت لهما على مال الغير أولى ، اذ أن فاقد الشيء – كما يقال – لا يعطيه . ويشترط في الولي أيضا أن يكون أمينا ، قادرا على ما يدخل ضمن ولايته من التصرفات . كما يشترط اتحاد الدين بين الولي والمولى عليه . فلا ولاية لغير المسلم على المسلم باتفاق الفقهاء . وكذلك لا ولاية للمسلم على غير

---

(١) النيابة عن الغير ، المرجع السابق ، ص٥٣ – ٥٥ . هذا وان القانون المدني العراقي نص بمادته (١٠٢) على ان « ولي الصغير هو أبوه ثم وصي أبيه ثم جده الصحيح ثم وصي الجد ثم المحكمة أو الوصي الذي نصبته المحكمة » . وجاء في المادة ٧٦ من قانون الاحوال الشخصية العراقي : « يشترط في الوصي توفر الاهلية القانونية والشرعية » ومعنى هذا توافر الشروط التي نص عليها فقهاء الشريعة والتي ذكرنا خلاصتها في أعلاه .

المسلم عند جمهور الفقهاء[1] خلافا للجعفرية اذ تجوز عندهم هذه الولاية[2] • أما ثبوتها بين غير المسلمين فجائزه بلا خلاف بين الفقهاء[3] • فاذا استوفي الولي هذه الشروط ثم أصبح غير أمين وجب عزله ، وان طرأ عليه العجز لا يعزل ، بل يضم اليه القاضي من يعينه ليكمل نقصه ويحصل مقصود الولاية[4] •

٣٩٠ ـ تصرفات الولي :

يشترط في تصرفات الولي أن تكون في مصلحة المولى عليه ، أي الصغير ومن في حكمه ، لان هذه الولاية لم تثبت الا رعاية لمصلحة الصغير ومن في حكمه كالمجنون ونحوه ، يدل على ذلك قوله تعالى : « ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن » • وعلى هذا الاساس لا يملك الولي انشاء العقود والتصرفات الضارة بالمولى عليه ضررا محضا كالهبة وسائر التبرعات • وله مباشرة التصرفات النافعة كقبول الهبة والوصية والكفالة لمال المولى عليه • أما العقود والتصرفات المترددة بين النفع والضرر ، أي التي تحتمل بطبيعتها النفع والضرر ، كالبيع والشراء والاجارة ، فيجوز للولي مباشرتها برأيه واجتهاده بشرط أن لا يكون فيها غبن فاحش ، فان كان لم تنفذ في حق المولى عليه •

وما ذكرناه هو القاعدة العامة في تصرفات الاولياء • وهناك بعض الفروق بين الاولياء من جهة مدى ما يباح لهم اجراؤه من العقود والتصرفات

---

(١) كشاف القناع ج٢ ص٢٢٣ ، شرح منتهى الارادات ج٥ ص ١٥٤ ، منهج الطلاب وحاشية البجيرمي ج٢ ص٤٤١ ، الكاساني ج٥ ص ١٥٣ •

(٢) جاء في كتاب الاحكام الجعفرية في الاحوال الشخصية ، تأليف الشيخ عبدالكريم رضا الحلي ، في المادة ٣٩ ، ص١١ : « لا ولاية في النكاح ولا في المال لذمي على مسلم ••• وتثبت للمسلم على الذمي » •

(٣) كتابنا أحكام الذميين والمستأمنين في دار الاسلام ص٤٦١ •

(٤) الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص٣٣٧ • هذا ، وان القانون المدني العراقي أجاز للمحكمة ان تقيد من ولاية الولي أو تسلبه هذه الولاية اذا عرف عنه سوء التصرف : أنظر الفقرة الثانية من المادة ١٠٣ •

فمن ذلك ان الاب له أن يبيع مال الصغير لنفسه ، كما له أن يشتري للصغير مال نفسه ، بينما لا يجوز هذا لوصي الاب عند جمهور الفقهاء ، وأجازه بعضهم بشرط الخيرية ، أي بشرط أن يكون في ذلك نفع ظاهر للمولى عليه بأن يشتري الولي مال الصغير لنفسه بنصف قيمته وأن يبيعه مال نفسه بنصف قيمته[1] .

المبحث الرابع

الوكالة

٣٩١ - تمهيد :

الوكالة ، نوع من أنواع الولاية كما ذكرنا . وهي في اللغة تطلق على معان منها الحفظ والتفويض والاعتماد . وهي في اصطلاح الفقهاء : اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف مملوك له معلوم قابل للنيابة[2] . كما لو وكل انسان آخر في بيع داره أو فرسه .

٣٩٢ - ركن الوكالة :

ركن الوكالة الايجاب والقبول كما هو الحال في سائر العقود . فتنعقد الوكالة بأية عبارة تصدر من الموكل دالة على الانابة والتوكيل ، أو بما يقوم مقامها من كتابة أو اشارة ، وبقبول من الآخر بالقول ، أو بالفعل كما

---

(١) أنظر تفصيل ما يباح للاولياء من التصرفات وما لا يباح : البدائع للكاساني ج٥ ص١٣٦ وما بعدها ، وكشاف القناع ج٢ ض٢٢٤ وما بعدها ، والاشباه والنظائر لابن نجيم ص١٦٣ - ١٦٤ . هذا وان القانون المدني العراقي أشار الى بعض ما يشترط في تصرفات الاولياء وما يباح لهم . ومن ذلك ما جاء في المادة (١٠٣) : « الاب والجد اذا تصرفا في مال الصغير وكان تصرفهما بمثل القيمة أو بيسير الغبن صح العقد ونفذ . أما اذا عرفا بسوء التصرف فللحاكم أن يقيد من ولايتهما أو أن يسلبهما هذه الولاية » .

(٢) الاستاذ أحمد ابراهيم ، المرجع السابق ، ص١٥٨ ، والاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص٣٤٠ . وعرفت المادة ٩٢٧ من القانون المدني العراقي الوكالة بقولها : « الوكالة عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم » .

لو قال شخص لآخر وكلتك في كذا وسكت الآخر ثم باشر ما وكله فيه • ولا يشترط لانعقادها اتحاد المجلس ، فلو وكله في غيبته فعلم بما وكله فيه ثم باشره صحت الوكالة ، ولكن لورد الايجاب ثم باشر ما وكله به كان في عمله فضوليا يتوقف نفاذه على اجازة الموكل •

والوكالة تنعقد منجزة ، ومعلقة ، ومضافة الى المستقبل • فلو قال وكلتك ببيع داري فقال الآخر قبلت ، انعقدت منجزة • ولو قال وكلتك ببيع داري اذا سافرت الى خارج العراق فقبل الآخر التوكيل ، انعقدت معلقة • ولو قال وكلتك بقبض رواتبي ابتداء من الشهر القادم فقبل الآخر انعقدت مضافة الى المستقبل • وانما جازت الوكالة في جميع هذه الحالات لان في الناس حاجة الى عقدها بجميع هذه الصور[١] •

٣٩٣ - شروط الوكالة :

لا بد لانعقاد الوكالة وصحتها من توافر شروط معينة في كل من الموكل والوكيل وما يجري فيه التوكيل • وتكلم فيما يلي عن هذه الشروط بايجاز :

أولا - ما يشترط في الموكل :

يشترط في الموكل أن يكون مالكا للتصرف الذي يوكل فيه الغير ، أي أن يكون أهلا لمباشرة التصرف لنفسه • وفي هذا يقول صاحب المغني : « كل من صح تصرفه بشيء لنفسه وكان مما تدخله النيابة صح أن يوكل فيه رجلا أو امرأة •• » الى آخر ما قال[٢] • وهذا شرط معقول ، لان الوكيل يستمد ولايته من موكله فاذا لم يملك الموكل مباشرة تصرف ما لم يستطع أن يوكل غيره فيه ، لان الانسان لا يستطيع أن يملك غيره ما لا يملك هو ، وفاقد الشيء لا يعطيه كما يقولون ••• وعلى هذا لا يصح توكيل المجنون والصبي غير المميز مطلقا ولا توكيل صبي مميز بتصرف ضار ضررا

---

(١) المغني ج٥ ص٨٥ ، الكاساني ج٦ ص٢١ ، كشاف القناع ج٢ ص٢٣٢ •

(٢) المغني ج٥ ص٧٩ •

محضا ولو أذن به الولي ، ويصح توكيله بالتصرف الذي ينفعه بلا توقف على أذن الولي ، وبالتصرف الدائر بين النفع والضرر اذا أجازه الولي ، وبدون هذه الاجازة ان كان الصبي المميز مأذونا بالتجارة ، وبهذا أخذ القانون المدني العراقي[1] . ويصح توكيل السفيه فيما يملك مباشرته من التصرفات .

ثانيا - ما يشترط في الوكيل :

يشترط في الوكيل أن يكون ذا عبارة معتبرة أي عاقلا مميزا ولكن لا يشترط فيه البلوغ ولا الرشد ، فيصح توكيل كاملة الاهلية وناقصها ، ولا يختلفان الا في حقوق العقد فهي ترجع الى الموكل اذا كان الوكيل ناقص الاهلية وترجع الى الوكيل نفسه اذا كان كامل الاهلية[2] . ولا يصح أن يكون الوكيل مجنونا ولا صبيا غير مميز لان عبارة كل منهما غير معتبرة مطلقا ولا ينعقد بها أي تصرف . وذهب فريق من الفقهاء كالشافعية والحنابلة ، الى أن الشرط في الوكيل أن يكون مالكا مباشرة التصرف لنفسه ، لان القاعدة عندهم « من لا يملك التصرف في شيء لنفسه لا يصح أن يتوكل فيه »[3] . وعلى هذا لا يصح أن يكون الصبي المميز وكيلا الا فيما يملك مباشرته لنفسه كقبول الهبة .

ثالثا - ما يشترط في الموكل فيه :

آ - أن يكون معلوما للوكيل ، ولا تضر الجهالة اليسيرة فيه اذا كانت الوكالة خاصة ، ولا الجهالة الفاحشة اذا كانت الوكالة عامة كما لو قال لوكيله اشتر لي ما شئت . فاذا سلم محل الوكالة من الجهالة على النحو الذي ذكرناه ، جاز أن ترد الوكالة على جميع العقود والتصرفات ، التي تقبل

---

(١) الفقرة الاولى من المادة ٩٣٠ من القانون المدني العراقي .

(٢) الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص٣٤٢ . وقد أجاز القانون المدني العراقي أن يكون الوكيل صبيا مميزا ولم يشترط فيه البلوغ ، فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة ٩٣٠ : « ويشترط أن يكون الوكيل عاقلا مميزا ولا يشترط أن يكون بالغا ، فيصح أن يكون الصبي المميز وكيلا وان لم يكن مأذونا » .

(٣) المغني ج٥ ص٨٠

النيابة . فيجوز التوكيل بالخصومة أي بالتقاضي والترافع أمام القضاء ، وبالبيع والشراء ، والهبة ، والزواج والطلاق وغير ذلك من العقود والتصرفات التي يملك الموكل مباشرتها لنفسه . وهكذا وسع التشريع الاسلامي دائرة الوكالة وما يصح أن يكون فيه التوكيل ، وهذا ما امتازت به الشريعة الاسلامية على القانون الروماني وغيره من القوانين القديمة[1] .

ب ـ أن يكون من التصرفات الجائزة شرعا ، فلا يجوز التوكيل في الغصب والاعتداء على مال الغير ولا في الجنايات وسائر المحرمات ، لان الافعال المحرمة شرعا لا تجوز ولا تباح للموكل فلا تجوز النيابة فيها ولا تباح للوكيل .

حـ ـ أن يكون مما يقبل النيابة ، كالبيع والشراء والمساقاة والرهن والارتهان والاعارة والاستعارة ونحو ذلك من العقود والتصرفات التي لاينظر فيها الا لوقوعها وتحصيلها ولا ينظر الى شخص فاعلها . أما التصرفات التي ينظر فيها الى شخص فاعلها فلا تقبل النيابة ، لان المقصود منها لا يحصل الا بصدورها من شخص معين ، كالشهادة فهي تتعلق بعين الشاهد لكونها خبرا عما رآه أو سمعه ولا يتحقق هذا المعنى في نائبه ـ وكذا الايمان لا يصح التوكيل فيها لعدم قابليتها للنيابة لانها تتعلق بشخص الحالف . ومثلها

---

(١) يقول الاستاذ الدكتور السنهوري في كتابه الوسيط هامش (١) ص١٨٩ : « اذا كانت النيابة تبدو في القانون الحديث نظاما منطقيا معقولا ، فان الامر لم يكن كذلك في القوانين القديمة . فقد كانت هذه القوانين تستعصي على فكرة النيابة ولم تسلم بها الا تدرجا وفي حدود معينة » . ويقول أيضا في كتابه نظرية العقد هامش ٣٠٩ ص٣٠٨ ، نقلا عن كتاب المدخل للفقه الاسلامي للاستاذ مدكور ص٦٣٠ ، ما نصه : « ان القانون الروماني وحتى القانون الفرنسي الحديث كلاهما لم يصل الى ما وصل اليه الفقه الاسلامي في عقد الوكيل الذي أجاز الوكالة في كل العقود .. » . ويقول الدكتور شفيق شحاته في كتابه النظرية العامة للالتزامات في الفقه الاسلامي ص١٦١ : « ومبدأ النيابة هذا لم يصل اليه التشريع الروماني الا بعد جهاد عنيف وهو قد بقى مجهولا من التشريع الفرنسي القديم . أما الفقه الاسلامي فقد قال بالنيابة التامة ، وبالنيابة التامة الى حدود بعيدة جدا » .

الايلاء والقسامة واللعان لانها أيمان فلا يصح التوكيل فيها[1] •

٣٩٤ – أقسام الوكالة :

تنقسم الوكالة الى خاصة وعامة ، ومطلقة ومقيدة •

فالوكالة الخاصة هي ما كانت متعلقة بتصرف معين كبيع دار أو شراء سيارة أو توكيل في دعوى معينة • ولا خلاف في صحة هذه الوكالة •

والوكالة العامة ما كانت غير محصورة بتصرف معين ، كما لو قال شخص لآخر أنت وكيلي في كل شيء أو فيما لي من حقوق وتصرفات ، فيملك الوكيل بهذه الوكالة كل تصرف جائز مملوك للموكل • وفي صحة الوكالة العامة خلاف بين الفقهاء ، فمنهم من أجازها باطلاق • ومنهم من أبطلها لما فيها من الغرر والخطر وتعرض أموال الموكل للزوال بهبتها ، مثلا ، من قبل الوكيل • ومنهم من أجازها مع استثناء ما فيه ضرر بالموكل كالتبرعات ، وايقاع الطلاق ، فلا تجوز هذه التصرفات بدون نص صريح عليها[2] • والقانون المدني العراقي أخذ برأي من أجاها باطلاق[3] •

والوكالة المقيدة ، هي التي يحدد فيها الموكل للوكيل حدود تصرفه ويرسم له طريق هذا التصرف ، كما لو قال له وكلتك في بيع داري هذه بكذا مبلغ • فلا يجوز للوكيل ، في هذه الحالة ، أن يخالف ما قيده به الموكل الا اذا كانت المخالفة الى ما فيه خير للموكل ، كما لو قيده بأن يبيع الدار بألف دينار فباعها بألف ومائة دينار • أما لو باع الدار بأقل من ألف فان البيع يكون موقوفا على اجازه الموكل ، وعند بعضهم كالشافعي يقع باطلا[4] •

والوكالة المطلقة ، هي الخالية من كل قيد ، كما لو قال وكلتك في بيع داري • فله أن يبيعها بما يراه من الثمن المناسب ولا يتقيد بثمن معين •

---

(١) المغني ج٥ ص٨١ – ٨٢

(٢) المغني ج٥ ص٨٦

(٣) المادة ٩٣١ من القانون المدني العراقي •

(٤) المغني ج٥ ص٢٢٩ ، الكاساني ج٦ ص٢٧ ، كشاف القناع ج٢ ص٢٣٩ ، مغني المحتاج ج٢ ص٢٢٣ •

ولكن ذهب بعض الفقهاء الى أن الوكالة المطلقة تقيد بما يقضي به العرف ، ففي مثالنا هذا لا يجوز للوكيل أن يبيع الدار بغبن فاحش أو بما لا يباع به عادة • وذهب أبو حنيفة الى أن التوكيل المطلق يجري على اطلاقه ولا يتقيد بشيء لا بعرف ولا بغيره ، لان الموكل لو أراد تقييده بشيء لصرح بذلك ، فعدم التصريح دل على تركه الامر للوكيل يتصرف فيه كما يشاء[1] •

٣٩٥ ـ انابة الوكيل غيره فيما وكل فيه :

يجوز للوكيل أن يوكل غيره فيما وكله فيه الموكل اذا فوض الرأي له في هذا التصرف ، كما لو قال فوضت اليك الامر ، أو اعمل برأيك كيف شئت • ففي هذه الحالة يجوز أن يباشر الوكيل التصرف بنفسه أو يوكل غيره به • فان وكل كان الوكيل الثاني وكيلا عن الموكل لا عنه • واذا لم يفوض الموكل الرأي للوكيل فلا يجوز له أن يوكل غيره في مباشرته الا بالاذن الصريح من الموكل لان الموكل انما رضي برأيه لا برأي غيره[2] •

٣٩٦ ـ تعدد الوكلاء :

يجوز أن يتعدد الوكلاء في تصرف واحد • فان كان توكيلهم في عقد واحد لم يكن لاحدهم مباشرته منفردا ، بل لا بد من مباشرته من قبلهم مجتمعين الا اذا صرح الموكل لهم بذلك عند توكيلهم • ويستثنى من ذلك ما لا يحتاج فيه الى أخذ الرأي كرد الودائع والغصوب والبيع بيعا فاسدا وقبض الديون وايفائها • كما يستثنى ما لا يمكن اجتماعهم عليه كالترافع أمام المحكمة • واذا كان توكيلهم بعقود متعددة كان لكل منهم الانفراد في مباشرة التصرف دون حاجة لاخذ رأي الآخرين ، فاذا ما باشره انتهت وكالة الباقين بتمام التصرف[3] •

---

(١) المغني ج٥ ص١٢١ ، الاستاذ محمد شلبي ، المرجع السابق ، ص٣٤٦ ـ ٣٤٧ •

(٢) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص١٠٣ • وقد أخذ القانون المدني العراقي بهذه الاحكام الفقهية ، أنظر المادة ٩٣٩ منه •

(٣) الكاساني ج٦ ص٣٣ • وقد أخذ القانون المدني العراقي بهذه الاحكام الفقهية ، أنظر المادة ٩٣٨ منه •

٣٩٧ ـ حكم العقد وحقوقه ، ولمن ترجع ؟

حكم العقد هو أثره المترتب عليه ، وهو غرض العاقدين من انشائه . أما حقوقه فهي ما يترتب عليه لطرفيه من حقوق والتزامات ومطالبات تؤكد حكمه وتقرره وتكمله . فعقد البيع ، مثلا ، حكمه انتقال ملكية المبيع الى المشتري وملكية الثمن الى البائع . وحقوقه التزام البائع بتسليم المبيع الى المشتري ، وحق البائع بمطالبة المشتري بالثمن ، وحق المشتري في الرجوع على البائع بالثمن اذا ظهر مستحق للمبيع ، وحقه في رد المبيع الى البائع اذا ظهر فيه عيب قديم ونحو ذلك من الحقوق التي تثبت لكل عاقد قبل العاقد الآخر .

أما رجوع حكم العقد وحقوقه الى الموكل أو الوكيل ففيه تفصيل . وجملة القول فيه ، على النحو التالي :

أولا ـ حكم العقد :

اتفق الفقهاء على ان حكم العقد يرجع الى الموكل ، لان الوكيل ينفذ ارادته ، والولاية الاصلية هي للموكل وانما استفاد الوكيل ولايته منه . فناسب ذلك كله رجوع حكم العقد الى الموكل ، سواء أضاف الوكيل العقد الى الموكل أم أضافه الى نفسه في عقود المعاوضات . ولكنهم اختلفوا في كيفية ثبوت الحكم للموكل . فالحنفية ومن وافقهم يذهبون الى أن الحكم يثبت أولا للوكيل ثم ينتقل فور ثبوته الى الموكل بموجب عقد التوكيل[١] . وعند فريق آخر من الفقهاء ، ومنهم الشافعية والحنابلة ، يثبت الحكم للموكل رأسا دون ثبوته للوكيل ثم انتقاله الى الموكل ، قال صاحب المغني : « واذا اشترى الوكيل لموكله شيئا باذنه انتقل الملك من البائع الى الموكل ولم يدخل في ملك الوكيل وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة يدخل في ملك الوكيل ثم ينتقل الى الموكل »[٢] .

ثانيا ـ حقوق العقد :

آ ـ العقود التي يحتاج الى اضافتها الى الموكل حتى تقع عنه ، كالنكاح

---

(١) الفقه الاسلامي للاستاذ محمد سلام مدكور ص٤٨٦

(٢) المغني ج٥ ص١٣٠

والخلع ، ترجع حقوقها الى الموكل ، ويكون الوكيل فيها سفيرا ومعبرا محضا عن الموكل • وعلى هذا لا يطالب بالمهر وكيل الزوج في عقد الزواج ، وانما يطالب به الزوج نفسه الا اذا كان الوكيل قد ضمن المهر عن الزوج فيطالب به بحكم الضمان لا بحكم الوكالة • وكذلك لا حق لوكيل الزوجة في عقد الزواج في قبض مهرها ، وانما هذا الحق للزوجة ولها أن توكل من تشاء في قبضه[1] •

ب ـ العقود التي لا يحتاج فيها الى الاضافة الى الموكل ، أي التي تقع عن الموكل سواء أضافها الوكيل الى نفسه أو أضافها الى الموكل ، كالبياعات والاشرية والاجارات ، هذه العقود ترجع حقوقها الى الوكيل اذا أضافها لنفسه ولا ترجع الى الموكل • ففي عقد البيع ، مثلا ، يملك الوكيل دون الموكل الحق في مطالبة المشتري بالثمن ، حتى لو أن الموكل طالبه به فأبى المشتري لم يجبر على التسليم ، ولكن لو أداه اليه برىء منه استحسانا • واذا استحق المبيع في يد المشتري ، وكان قد دفع الثمن الى الوكيل ، رجع المشتري عليه بالثمن • وكذلك الوكيل بالشراء هو المطالب بالثمن دون الموكل • وهكذا الحكم بالنسبة لعقود المعاوضات الشبيهة بعقد البيع ، كالاجارة والاستئجار • أما اذا أضاف هذه العقود الى الموكل فان حقوقها ترجع الى الموكل • ويلاحظ هنا ان رجوع حقوق العقد الى الوكيل في حالة اضافته العقد الى نفسه انما كون اذا كان الوكيل غير محجور عليه • فان كان محجورا ، كالصبي المميز ، فان حقوق العقد ترجع الى الموكل أيضا لان الوكيل هنا ليس أهلا لرجوع الحقوق اليه ، لان الوكالة ضمان وكفالة ، والصبي ليس من أهلها[2] • وذهب فريق من الفقهاء ، ومنهم الحنابلة ، الى

(١) أحكام العقود في الشريعة الاسلامية للشيخ علي قراعة ص ٥٣ ـ ٥٤ •

(٢) الكاساني ج٦ ص٣٣ • الاستاذ علي قراعة ، المرجع السابق ، ص٥٤ ـ ٥٥ ، الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص١٠٥ ، المدخل لدراسة الفقه الاسلامي للاستاذ مدكور ص٤٨٩ ، الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص٣٥٢ •

أن حقوق العقد ترجع الى الموكل دون الوكيل ، ففي المغني لابن قدامة : « ولا نسلم ان حقوق العقد تتعلق به - أي بالوكيل - وانما تتعلق بالموكل »[1] .

٣٩٨ - علاقة الوكيل بموكله :

اذا كان التوكيل بأجرة كان ما بين الوكيل والموكل وكالة واجارة معا ، فتكون العلاقة بينهما علاقة الاجير بمؤجره ، ويكون الوكيل ملزما باتمام ما وكل به ، ولا يجوز له التخلي عنه . ومعنى ذلك ان الوكالة هنا تكون ملزمة ولا يجوز فسخها الا اذا كان هناك مسوغ لفسخ عقد الاجارة فتنفسخ به . واذا كان التوكيل بغير أجر ، اعتبر الوكيل متفضلا بمعونته ومتبرعا بعمله فلا يملك الموكل الزامه بالقيام بما وكل به والمضي فيه ، بل للوكيل أن يتخلى عن الوكالة في أي وقت شاء ، كما أن للموكل أن يعزله متى أراد . ومعنى ذلك ان الوكالة هنا تكون غير ملزمة[2] . واذا خلا عقد الوكالة من ذكر الاجرة وحصل نزاع بشأنها حكم العرف بذلك ، فان قضى العرف بالاجرة للوكيل استحقها والا لم يستحقها . هذا وان الوكيل أمين فلا يضمن للموكل ما يهلك في يده من أمواله الا اذا كان الهلاك بتعد منه أو تقصير .

٣٩٩ - انتهاء الوكالة[3] :

تنتهي الوكالة بجملة أمور ، منها :

آ - مباشرة الموكل ما وكل به وكيله قبل مباشرة الاخير له .

ب - عزل الموكل وكيله من الوكالة . ولا ينفذ العزل قبل علم الوكيل به ، ولهذا تنفذ تصرفاته في حق الوكيل قبل علمه بالعزل . وذهب بعض

---

(١) المغني ج٥ ص١٣١

(٢) بداية المجتهد ج٢ ص٢٥٣ ، الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص١٠٦ - ١٠٧ ، الفقه الاسلامي للاستاذ مدكور ص٤٧٥ ، ٤٩٠ .

(٣) الكاساني ج٦ ص٣٦ . علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ١٠٧ - ١٠٨ ، الدكتور محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ، ص ٣٨٩ - ٣٩٠ .

الفقهاء الى ان الوكيل ينعزل بعزل الموكل دون حاجة لعلم الوكيل بـه • وكذلك باخراج الوكيل نفسه من الوكالة ، ويشترط في هذا علم الموكل به ، فاذا تصرف قبل علمه نفذ عليه •

ج ـ انتهاء محل الوكالة ، بقيام الوكيل بتنفيذ ما وكل به ، أو بهلاك العين الموكل بالتصرف فيها •

د ـ خروج الوكيل عن أهلية الوكالة كما لو جن ، ولا يشترط علم الموكل بذلك •

هـ ـ خروج الموكل عن أهليته للتصرف الذي وكل به ولا يشـترط علم الوكيل بذلك •

ويلاحظ هنا ، ان انتهاء الوكالة بخروج الموكل عن أهليته لمباشرة ما وكل به ، وبعزل الموكل للوكيل ، وباخراج الوكيل نفسه من الوكالة ، يشترط في هذه الحالات لانتهاء الوكالة أن لا يتعلق بالوكالة حق للغير أي لغير الموكل ، فاذا تعلق به حق لغيره لم ينعزل الا برضاه ، حتى يحفظ الحق على صاحبه ، وذلك كالوكيل ببيع الرهن ايفاء لدين المرتهن •

المبحث الخامس

الفضولي

٤٠٠ ـ الفضولي في اللغة من يشتغل بما لا يعنيه ولا يخصه • وفي اصطلاح الفقهاء : من يتصرف في شؤون الغير تصرفا لا ولاية له في اصداره كمن يبيع ملك غيره من غير اذنه ولا ولاية له عليه •

٤٠١ ـ حكم عقد الفضولي[١] :

اذا باشر الفضولي عقدا ، أو أي تصرف قولي ، انعقد ما باشره موقوفا على اجازة صاحب الشأن فيه ، أي من صدر التصرف لاجله ، فان أجازه

---

(١) الكاساني ج٥ ص١٤٨ ـ ١٤٩ ، بداية المجتهد ج٣ ص١٥٠ ، كشاف القناع ج٢ ص١١ ـ ١٢ •

نفذ وان لم يجزه بطل • والى هذا ذهب فريق من الفقهاء كالحنفية والمالكية • وذهب غيرهم ، كالشافعية والحنابلة ، على الراجح عندهم ، الى ان تصرف الفضولي يقع باطلا فهو في حكم المعدوم ، فلا تنفعه اجازة ، لان الاجازة تلحق العقد الموجود لا المعدوم •

احتج الاولون بأن العقود وسائر التصرفات شرعت لمصلحة الناس • والفضولي ، غالبا ، يقصد بتصرفه المصلحة لمن تصرف لاجله ، ولهذا الاخير أن يجيزه ان رأى مصلحته في اجازته ، وله ابطاله اذا لم ير المصلحة فيه • فعقد الفضولي ، اذن ، لا ضرر فيه على صاحب الشأن ، ومن ثم لا مبرر للقول بوقوعه باطلا • كما احتجوا بأن نصوص اباحة التصرفات وصحتها جاءت عامة دون أن تستثن منها عقود الفضولي •

واحتج أصحاب القول الثاني بأن تصرفات الفضولي تصرف فيما لا يملك ، وقد نهى الشارع عن تصرف الانسان فيما لا يملك ، فقد جاء في الحديث : « لا تبع ما ليس عندك »[1] • وتصرف الفضولي تصرف فيما لا يملكه فلا يجوز • واحتجوا أيضا بأن وجود العقد وجودا شرعيا يتوقف على قيام الاهلية والولاية معا في العاقد ، فاذا فقدهما أو فقد أحدهما لم يوجد العقد • وحيث ان الفضولي لا ولاية له أصلا على انشاء هذا التصرف ، فيكون ، اذن ، باطلا •

٤٠٢ – الراجح من القولين وشروط الاخذ به :

والراجح ما ذهب اليه أصحاب القول الاول لما استدلوا به • ولكن اعتبار عقد الفضولي موقوفا على الاجازة ، على هذا القول الراجح ، مقيد بشرطين ، هما :

الشرط الاول : أن يكون لعقد الفضولي مجيز وقت انشائه • أي يوجد وقت انشائه من له الحق في اجازته • والذي له الحق في اجازته هو من يستطيع اصدار هذا العقد بنفسه • فان لم يوجد كان العقد باطلا فلا

---

(١) تيسير الوصول الى جامع الاصول من حديث الرسول لابن الديبع الشيباني ج١ ص٥٦ – ٥٧ •

تلحقه الاجازة • فاذا باع الفضولي مالا لعاقل رشيد كان العقد موقوفا • لان المالك ، وهو هنا عاقل رشيد ، يستطيع أن يعقد عقد البيع بنفسه فيملك اجازته اذا صدر من الفضولي • ولكن لو باع فضولي عقارا لصغير بغبن فاحش كان العقد باطلا ولا تفيده الاجازة لا من الصغير ولا من وليه • لان الصغير محجور عليه ، والولي لا يملك اصدار هذا التصرف المضر بالصغير لما فيه من غبن فاحش ، فلا يملك اجازته ، فيقع باطلا لعدم وجود المجيز وقت انشائه •

الشرط الثاني : ويشترط أن لا يمكن تنفيذ العقد على الفضولي اذا لم يجزه صاحب الشأن • فاذا باع الفضولي مال غيره أو آجره كان موقوفا لعدم امكان نفاذه على الفضولي اذا لم يجزه المالك • ولكن اذا أمكن تنفيذ العقد على الفضولي اذا لم يجزه من عقد له ، فان العقد ينفذ على الفضولي اذا لم يجزه المالك ، كما لو اشترى عقارا ولم يضف العقد الى من أجرى العقد لاجله ، فان الشراء في هذه الحالة ينفذ على الفضولي اذا رده من كان العقد لاجله • والسبب في هذا الحكم هو ان الاصل ان الانسان يعقد لنفسه الا اذا قام الدليل على خلاف ذلك ، ولان الفضولي ملتزم بالعقد أمام العاقد الآخر الذي لا يعرف سواه ، فينفذ العقد في حق الفضولي •

٤٠٣ ـ أثر الاجازة :

أثر الاجازة في عقد الفضولي انها تجعله نافذا من وقت انشائه اذا كان من عقود المعاوضات ، لان آثار هذه العقود لا تتراخى عنها ، بل تثبت من حين وجودها ، فيكون ، اذن ، نفاذها من حين تمام انشائها • أما العقود التي تقبل التعليق ، كالكفالة والحوالة والوكالة والطلاق ، اذا باشرها الفضولي فانها تعتبر نافذة من وقت اجازتها لا من وقت صدورها • لان صدور هذه العقود من الفضولي يجعلها معلقة في المعنى على اجازة المجيز ، وحيث ان العقد المعلق لا ينفذ الا اذا تحقق الشرط ، فكذا الحكم هنا ، فلا تنفذ هذه العقود الا من وقت الاجازة •

هذا وان الاجازة اللاحقة التي تجعل عقد الفضولي نافذا ، تجعل أيضا

الفضولي نفسه وكيلا عن المجيز لا من وقت الاجازة وانما من قبل انشاء العقد الذي قام به ، ولهذا يقول الفقهاء : الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة • أي كأن المجيز باجازته قد وكل الفضولي بما قام به قبل مباشرته العقد • ويترتب على هذه القاعدة ان أحكام الوكالة تثبت في حق الفضولي والمجيز ، وان آثار العقد وأحكامه ، بهذه الاجازة ، تثبت من وقت نفاذ العقد •

٤٠٤ - شروط صحة الاجازة(١) :

يشترط لصحة الاجازة واعتبارها جملة شروط ، هي :

آ - أن تصدر الاجازة ممن له الحق في اصدارها ، وهو من له الولاية على انشاء عقد الفضولي ابتداءا ، فان صدرت الاجازة من غير هذا لم يكن لها اعتبار • وعلى ذلك اذا باع الفضولي مال الصغير وكان له وصي فأجاز القاضي البيع لم ينفذ لعدم صحة هذه الاجازة اذ ليس للقاضي ولاية انشاء العقد مع وجود الوصي ، فلا يملك اجازته اذا صدر من الفضولي •

ب - أن تصدر الاجازة حال حياة الفضولي ، وهذا اذا كان الفضولي يصير بالاجازة وكيلا لا سفيرا ، وهو يكون وكيلا في عقود المعاوضات التي ترجع حقوقها اليه عندما يضيفها الى نفسه كالبيع والاجارة • وانما اشترط هذا الشرط لان مباشرة الفضولي هذه العقود تقتضيه عند اجازتها أن يقوم على حقوقها وتنفيذها بعد مباشرته هذه العقود فاستلزم ذلك كله أن تكون الاجازة حال حياته • أما العقود الاخرى التي يعتبر فيها الفضولي سفيرا بعد الاجازة ، ومعبرا محضا عن المجيز فلا يشترط صدور الاجازة حال حياة الفضولي ، بل تصح بعد وفاته ، لان مهمته تنتهي بانتهاء عبارته ، كما لو زوج الفضولي امرأة ثم مات فللمرأة أن تجيز هذا العقد بعد وفاته •

ج - أن تصدر الاجازة في حياة العاقد الآخر الذي تعاقد مع الفضولي حتى يظهر أثر نفاذها في حقه فيطالب بما صار عليه من حق ، ويطالب بما صار له من حق •

د - أن تصدر حال بقاء محل العقد ، حتى يظهر أثر العقد فيه • وعلى

---

(١) الكاساني ج٥ ص١٤٩ ، فتح القدير ج٥ ص٣١١ ، الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص١١١ •

هذا لا تصح اجازة عقد البيع بعد هلاك المبيع ، لان أثر العقد لا يظهر في معدوم فلا تصح الاجازة .

٤٠٠ ـ فسخ العقد قبل الاجازة :

عقد الفضولي موقوف على اجازة من عقد له ، كما قلنا . فمن البديهي أن يكون لصاحب الشأن فيه الحق في ابطاله بعدم اجازته . وكذلك يثبت هذا الحق للفضولي في عقود المعاوضات التي ترجع حقوقها اليه حتى يتخلص من هذه الحقوق لو أجاز صاحب الشأن هذه العقود . وأخيرا فان لمن تعاقد مع الفضولي حق فسخ العقد أيضا ولو بعد قبوله ما دام صاحب الشأن لم يجز العقد بعد . وانما كان للعاقد الآخر هذا الحق لان العقد لم يتم ولان من حق هذا العاقد أن يدفع عن نفسه ما قد عسى أن يلحقه من أضرار بسبب تعاقده مع من لا ولاية له على انشاء العقد[١] .

---

(١) الكاساني جـ٥ ص١٥١



الفصل الرابع

عيوب العقد

٤٠٦ – تمهيـــد :

قلنا ، فيما سبق ، ان العقد ، في حقيقته ، تلاقي ارادتي العاقدين واتفاقهما على انشاء عقد معين • وهذا الاتفاق يتضمن رغبة العاقدين فيه ورضاءهما به • ولكن قد يكون في ارادة العاقد خلل يجعلها معيبة غير صالحة لتكوين عقد سليم ، فينشأ العقد معيبا لا تترتب عليه الآثار المقررة له شرعا لو كان قد نشأ صحيحا • وهذه العيوب التي قد تلحق الارادة وتلابس انشاء العقد ، ترجع ، في غالب صورها ، الى الغلط ، والغبن والتغرير ، والاكراه • ونتكلم عن كل واحد منها في مبحث على حدة •

المبحث الاول

الغلـط

٤٠٧ – الغلط ، كعيب من عيوب الارادة ، حالـة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع[١] • والذي نريده بالغلط هنا هو ما كان متعلقا بمحل العقد • والغلط في محل العقد امـا أن يكون في جنسه وامـا أن يكون في وصفه • فمن الاول أن يشتري ياقوتا فاذا هو زجاج ، أو يشتري ثوبا على انه من صوف فاذا هو من قطن • ومن الثاني أن يشتري ياقوتا على انه أحمر فاذا هو أصفر ، أو يشتري البقرة على انها حلوب فاذا هي غير حلوب ، أو يشتري قطنا على انه مصري المنشأ فاذا هو ياباني •

---

(١) مصادر الحق للسنهوري ج٢ ص١٠٤

٤٠٨ ـ الغلط الباطني والظاهري :

والغلط بنوعيه ، أي ما كان متعلقا بالجنس أو بالوصف ، قد يكون باطنيا ، وقد يكون ظاهريا • فالغلط الباطني ما كان قائما في تصور العاقد واعتقاده ، أي أن يتوهم العاقد محل العقد على غير ماهيته أو على غير صفته ، ولا يوجد في صيغة العقد ما يدل على توهمه هذا • كمن يشتري خاتما من النحاس معروضا أمامه يعتقده من الذهب ، ولا يذكر في صيغة العقد ما يدل على اعتقاده • أو يشتري بقرة يعتقد انها كثيرة الدر والحليب ، دون أن يذكر في صيغة العقد ما يدل على اعتقاده •

أما الغلط الظاهري ، فهو توهم يقوم في النفس ويرد في صيغة العقد ما يدل على ذلك • كمن يقول لآخر اشتريت منك هذا الماس بكذا فيقول الآخر قبلت ، ثم يظهر انه زجاج •

٤٠٩ ـ أثر الغلط في العقد :

ولا خلاف بين الفقهاء في أن الغلط الباطني لايؤثر في انعقاد العقد وصحته ، لان العبرة في العقود بالعبارة أو ما يقوم مقامها دون النوايا المستترة الخفية التي لا يدل عليها دليل •

أما الغلط الظاهري ، فان كان في الجنس أبطل العقد • وان كان في الوصف جعل العقد موقوفا قابلا للفسخ ممن قام فيه الغلط • وقد ذكر الفقهاء قاعدة في الغلط في المحل ، فقالوا : اذا سماه العاقد وأشار الى غيره ، كانت العبرة بالمسمى دون ما أشار اليه اذا اختلف الجنس ، وبطل العقد في هذه الحالة ، كمن قال لآخر اشتريت منك هذا الخاتم من ذهب ـ وأشار اليه ـ فاذا هو من نحاس ، لم ينعقد العقد هنا • وان اتحد الجنس بين ما سماه وأشار اليه واختلف الوصف ، كانت العبرة بالمشار اليه وانعقد العقد عليه موقوفا على اجازة العاقد الغالط • وبهذه القاعدة أخذ القانون المدني العراقي[١] •

وانما كان الغلط في الجنس مبطلا للعقد ، لان الغلط فيه يعدم المحل ،

---

(١) المادة ١١٧ من القانون المدني العراي •

والعقد لا يوجب بدون محله ، والمحل هنا معدوم ، فلا ينعقد العقد . وحتى اذا اتحد الجنس ولكن التفاوت بين حقيقة المعقود عليه وما أراده العاقد كان تفاوتا فاحشا ، فان الغلط هنا يعتبر بحكم الغلط في جنس المحل فيبطل العقد ، كما لو اشترى دارا من آجر فاذا بها من لبن ، أو اشترى ثوبا على انه من صوف فاذا هو من قطن[1] .

وانما كان حكم الغلط في الوصف هو ما ذكرنا ، وهو انعقاد العقد مع امكان فسخه ، لان أصل المحل موجود ، وهذا يكفي لانعقاد العقد ، ولكن لفوات الوصف المرغوب فيه يكون العقد موقوفا على الاجازة ، قابلا للفسخ . وحكم الغلط في الوصف يجري في العقود القابلة للفسخ كالبيع ونحوه ، أما ما لا يقبل الفسخ كالنكاح ، فالعقد لازم ولا يجوز فيه الفسخ عند جمهور الفقهاء ، خلافا للحنابلة الذين أجروا هذا الحكم في جميع العقود حتى في النكاح ، فاذا تزوج شخص امرأة على انها بكر أو متعلمة فظهرت ثيبا أو جاهلة كان له ، في هذه الحالة ، فسخ العقد .

المبحث الثاني

الغبن والتغرير

٤١٠ ـ الغبن :

الغبن لغة النقص . ويريد الفقهاء به ان أحد البدلين في عقود المعاوضة غير متكافىء مع الآخر في القيمة عند التعاقد . فلو باع شخص ما قيمته مائة بخمسين ، أو بمائتين ، كان البائع في الحالة الاولى هو المغبون ، وكان المشتري في الحالة الثانية هو المغبون .

٤١١ ـ أنواع الغبن :

والغبن يسير وفاحش . فاليسير ما يدخل تحت تقويم المقومين أي تقدير أهل الخبرة . فلو باع شخص بقرة بخمسين دينارا فقومها بعض أهل الخبرة بأربعين ، وقومها البعض الآخر بخمسين ، كان الغبن يسيرا ، لان النقص في الثمن أمر محتمل غير ثابت . والغبن الفاحش ما لا

---

(١) مصادر الحق للدكتور السنهوري ج٢ ص١١٤ .

يدخل تحت تقويم المقومين ، كما لو باع البقرة ، في مثالنا السابق ، بسبعين كان الغبن فاحشا ، لان الثمن الذي بيعت به البقرة لم يتناوله تقويم أهل الخبرة ولا بعضهم • وهناك آراء في تفسير المراد بالغبن اليسير والفاحش ، فعند بعضهم اليسير ما كان نصف العشر أو أقل فان كان أكثر فهو فاحش•

وقال غير هؤلاء الغبن الفاحش ليس سواء في جميع الاموال ، فهو ما كان نصف العشر أو أكثر في العروض[1] ، والعشر أو أكثر في الحيوان ، والخمس أو أكثر في العقار[2] • وبهذا الرأي أخذت مجلة الاحكام العدلية ، القانون المدني العراقي القديم[3] •

٤١٢ ـ التغرير :

التغرير في اللغة الخداع ، والمغرور من وقع عليه الخداع • وعند الفقهاء يراد بالتغرير استعمال الطرق الاحتيالية لحمل الشخص على التعاقد ظنا منه أن العقد في مصلحته ، مع ان الواقع خلاف ذلك • ويسمى التغرير ، في بعض أنواعه ، على الاقل ، بالتدليس •

٤١٣ ـ أنواع التغرير :

التغرير قد يكون فعليا وقد يكون قوليا •

فالتغرير الفعلي يتحقق بما يقوم به أحد العاقدين من أعمال بقصد تضليل العاقد الآخر وايهامه في حقيقة المعقود عليه لحمله على التعاقد • مثل صبغ الثوب القديم ليظهر كأنه جديد ، أو تصرية ضرع البقرة لتظهر كأنها كثيرة الدر واللبن فيقدم المشتري على شرائها •

والتغرير القولي ، يكون بالقول من العاقد أو غيره ، اذا كان من شأنه

---

(١) العروض هنا الاموال المنقولة عدا الحيوان : شرح المجلة للاستاذ علي حيدر ج١ ص١٠٢ ، ١١٣ •

(٢) الكاساني ج٦ ص٣٠

(٣) المادة ١٦٥ من المجلة : « الغبن الفاحش غبن على قدر نصف العشر في العروض ، والعشر في الحيوانات ، والخمس في العقار أو زيادة » • والقانون المدني العراقي ذكر الغبن اليسير والفاحش ولم يحددهما : أنظر المواد ١٢١ ـ ١٢٥ منه •

أن يغر العاقد الآخر ويحمله على التعاقد • ومن أمثلته ما يسمى في الفقه الاسلامي : ببيع الامانة ، وهو يقوم بجميع أنواعه على أساس الثمن الذي يدعي البائع انه اشترى به المبيع الذي يريد أن يشتريه المشتري • فلا يذكر البائع الثمن الحقيقي وأوصافه من تأجيل أو تعجيل أو تقسيط ، فيكون كتمان هذه الامور من البائع عن المشتري تغريرا منه بالمشتري وخيانة له وخداعا[1] • ومن أمثلته أيضا قول البائع ، مع الحلف أو بدونه ، للمشتري ان غيره دفع في المبيع أكثر مما يدفعه وانه مع هذا يؤثره بالبيع بهذا الثمن الاقل • وقد يصدر التغرير القولي من الغير أي من غير المتعاقدين مع علم أحدهما به أو بتواطىء مع الغار ، فينخدع به المتعاقد الآخر ، كما في بيع النجش[2] •

٤١٤ – أثر الغبن والتغرير في العقد :

ليس أثر الغبن والتغرير في العقد واحدا ، كما أن هذا الاثر ليس محل اتفاق بين الفقهاء ، بل فيه تفصيل وشيء من الاختلاف • فلا بد من ذكر الحالات المختلفة التي يكون في بعضها غبن فقط ، أو تغرير فقط ، أو يجتمع في بعضها الآخر الامران ، مع بيان حكم كل حالة •

٤١٥ – أولا – أثر الغبن وحده :

اذا كان الغبن يسيرا فلا أثر له في العقد • بمعنى أن العقد معه ينعقد صحيحا ، لان الغبن اليسير كثير الوقوع ولا يمكن التحرز منه ، والناس عادة يتسامحون به • ويستثنى من ذلك بيع المدين بدين مستغرق اذا كان محجورا عليه بسبب هذا الدين ، فان بيعه بغبن يسير يكون موقوفا على اجازة الدائنين الا اذا رفع الغبن من قبل المشتري • وكذلك بيع المريض مرض الموت اذا كان مدينا بدين مستغرق ، فحكمه كما سبق ، ولكن لا يظهر توقف بيعه

---

(١) وبيع الامانة أنواع ، فان كان الشراء بزيادة معلومة على الثمن الاصلي فهو بيع المرابحة • وان كان بنقصان بقدر معلوم عن الثمن الاصلي فهو بيع الوضيعة • وان كان بنفس الثمن الاصلي فهو بيع التولية •

(٢) أنظر ص٣٦ من هذه المذكرات في تعريف بيع النجش •

الا اذا مات في مرضه ليتحقق ان المرض مرض الموت[١] . وهذا الحكم في الحالتين رعاية لحق الدائنين .

أما الغبن الفاحش وحده ، فقد اختلف الفقهاء في تأثيره في العقد . فمنهم من جعله مؤثرا في العقد ، فالعقد ينعقد معه ، ولكن يحق لمن أصابه الغبن أن يفسخه ، لان هذا الغبن ضرر بالمغبون ، والضرر يزال ، وزواله يكون بتمكين المغبون من فسخه . ومنهم من لم يجعل له تأثيرا في العقد ، فالعقد معه ينعقد صحيحا غير قابل للفسخ ، لان عقود المعاوضات ، التي يقع فيها الغبن عقود لازمة في الاصل ، واعطاء المغبون حق فسخها يزلزل لزومها ويمنع استقرار المعاملات وحماية العاقد من الغبن تكون بأخذه الحذر واحتياطه لنفسه لا باعطائه حق الفسخ بحجة الغبن ، فاذا لم يتبصر ويأخذ بالحيطة والحذر فوقع في الغبن فهو المسؤول عن تقصيره ويتحمل نتيجة هذا التقصير . ولكن يستثنى من ذلك الغبن الفاحش في العقود التي ترد على أموال المحجور عليهم لصغر أو سفه أو جنون ، أو ترد هذه العقود في أموال بيت المال أو الوقف ، فان الغبن ، في هذه الاحوال ، يبطل العقود الصادرة في هذه الاموال ممن له الولاية عليها . ووجه هذا الاستثناء ان تصرفات من له الولاية على هذه الاموال منوط بالمصلحة ، أي بمصلحة المولى عليهم ، فايقاعها مع الغبن الفاحش ضرر بهم قطعا ، والضرر يزال ، وازالته تكون ببطلان هذه التصرفات ، لان الاولياء على من ذكرنا لا يملكون هذه التصرفات[٢] ، وبهذا الرأي الثاني واستثنائه أخذ القانون المدني العراقي[٣] .

---

(١) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص١١٩ .

(٢) الاشباه والنظائر لابن نجيم وشرح الحموي ج٢ ص١٥٩ ، شرح الكنز للزيلعي ج٤ ص٧٩ ، المدخل للفقه الاسلامي للاستاذ محمد سلام مدكور ص٦٤٨ ـ ٦٤٩ ، الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ١٢٠ .

(٣) المادة ١٢٤ من القانون المدني العراقي ، وقد نصت في فقرتيها الاولى والثانية على ما يأتي :

« مجرد الغبن لا يمنع من نفاذ العقد ما دام الغبن لم يصحبه تغرير . على انه اذا كان الغبن فاحشا وكان المغبون محجورا أو كان المال الذي حصل فيه الغبن مال الدولة أو الوقف فان العقد يكون باطلا » .

٤١٦ ـ ثانيا ـ أثر التغرير وحده :

اذا كان التغرير وحده ، وفيه تضليل وايهام للعاقد بوجود صفة معينة مرغوب فيها في العقد ، لولاها لما أقدم على لتعاقد ، كان للمغرور في هـذه الحالة حق فسخ العقد . ويشترط ثبوت حق الفسخ للمغرور ، أن لا يكون الوصف الفائت مما يدرك بالعيان والمشاهدة ، لانـه ان كان كذلك انتفى التغرير عن العاقد ، فينتفي حق الفسخ له[١] . ويؤيد هـذا الرأي حديث التصريـة[٢] .

٤١٧ ـ ثالثا ـ أثر الغبن والتغرير مجتمعين :

اذا اجتمع الغبن والتغرير في العقد ، بأن كان الغبن بأحد المتعاقدين فاحشا وهو نتيجة تغرير العاقد الآخر أو من يعمل له كالدلال ، أو بتواطىء هذا العاقد مع الغير كما في بيع النجش ، فللمغبون الحق في فسخ العقد دفعا للضرر عنه ، وردا للقصد السيء عند العاقد الآخر[٣] . وبهذا الرأي أخذ القانون المدني العراقي[٤] . والغبن اليسير اذا اقترن به تغرير لا يكون سببا لفسخ العقـد . الا أن بعض الفقهـاء يطلق القول بالغبن المقترن معه تغرير ويجعله موجبا للفسخ اذا اختاره المغبون المغرور[٥] .

---

(١) الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص٣٩٧ـ٣٩٨

(٢) حديث التصرية الذي رواه البخاري وغيره ، : « لا تصـروا الابل والغنم ، ومن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ان شاء أمسك وان شاء ردها وصاعا من تمر » : تيسير الوصول ج١ ص٦٢ .

(٣) المادة ٥٤٥ من مرشد الحيران لقدري باشا ، وهي مأخوذة من الفقه الحنفي ، نصت على الآتي : « لا رد بغبن فاحش في البيع الا اذا غر أحد المتبايعين الآخر أو غره الدلال » . كشاف القناع ج٢ ص٥٦ ، الاشباه والنظائر لابن نجيم ج٢ ص١٥٩ الزيلعي ج٤ ص٧٩ ، الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص١٢٠ .

(٤) المادة ١٢١ ، ف١ من القانون المدني العراقي : « اذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر وتحقق ان في العقد غبنا فاحشا كان العقد موقوفا عـلى اجازة العاقد المغبون ... » . والمادة ١٢٢ منه : « اذا صدر التغرير مـن غير المتعاقدين فلا يتوقف العقد الا اذا ثبت للعاقد المغبون ان العاقد الآخر كان يعلم أو كان من السهل عليه أن يعلم بهذا التغرير وقت ابرام العقد » .

(٥) جاء في نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للرملي ج٤ ص٧٣ـ٧٤ : « وحبس ماء القناة وماء الرحى المرسل كل منهما عند البيع أو الاجارة حتى يتوهم المشتري أو المستأجر كثرته فيزيد في عوضه . ومثلهما جميـع المعاوضات ... يثبت الخيار بجامع التدليس أو التغرير .. » . من كتاب مصادر الحق للدكتور السنهوري ج٢ ص١٦٢ .

المبحث الثالث

الاكراه

٤١٨ - تعريفه وشروطه :

الاكراه هو حمل الغير ، بغير حق ، على أمر يمتنع عنه بتخويف يقدر الحامل - أي المكره - على ايقاعه ويصير الغير خائفا به(١) .

ويشترط لتحقق الاكراه أن يكون الحامل ، أي المكرِه ، قادرا على ايقاع ما هدد به ، فان كان المكره غير قادر على ايقاع ما هدد به ، وكان المكره عالما بعدم قدرته ، كان تهديده لغوا لا قيمة له ، ولا يتحقق الاكراه . ويشترط كذلك أن يكون المكره ، أي من وقع عليه الاكراه ، خائفا من هذا التهديد ، بأن يعتقد أن المكره سيوقع ما هدده به عاجلا يقينا أو على غلبة الظن ، وأن يفعل المكره ما أكره عليه تحت تأثير هذا الخوف . ويشترط كذلك أن يكون المكره به ، أي ما هدد به ، ضررا يلحق النفس باتلافها أو باتلاف عضو من المكره أو بما دون ذلك كالحبس والضرب . أما التهديد باتلاف المال ، اذا لم يكن يسيرا ، فهو تهديد معتبر يتحقق به الاكراه عند فقهاء الشافعية والجعفرية والحنابلة وبعض فقهاء الحنفية . والتهديد بالحاق الاذى بمن يهم المكره أمره يعتبر اكراها عند فقهاء الجعفرية ، وهو كذلك اكراه عند الحنفية اذا وقع على الزوج أو قريب ذى رحم محرم ، أو اذا وقع على الولد عند الحنابلة(٢) .

---

(١) كشف الاسرار ج٤ ص١٥٠٢ . وعرفه القانون المدني العراقي ، في الفقرة الاولى من المادة ١١٢ ، : « الاكراه هو اجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملا دون رضاه » .

(٢) كشاف القناع ج٤ ص٤ ، المغني ج٧ ص١٢٠ ، منهاج الصالحين للمجتهد السيد محسن الحكيم ج٢ ص١٤ ، المهذب ج٢ ص٨٣ ، البحر الرائق ج٨ ص٨٢ ، حاشية ابن عابدين ج٥ ص١١٠ ، كشف الاسرار ج٤ ص١٥٠٣ . وجاء في الفقرة ٣ ، م١١٢ من القانون المدني العراقي : «والتهديد بايقاع ضرر بالوالدين أو الزوج أو ذي رحم محرم والتهديد بخطر يخدش الشرف يعتبر اكراها ، ويكون ملجئا أو غير ملجيء بحسب الاحوال » .

٤١٩ ـ أنواع الاكراه :

الاكراه نوعان : ملجيء أو تام . وغير ملجيء أو ناقص[١] .

فالاكراه الملجيء يكون بالتهديد باتلاف النفس أو عضو ، لان حرمة أعضاء الانسان كحرمة النفس تبعا لها ، والتهديد باتلاف جميع المال ، أو بقتل من يهم الانسان أمره على رأي من جعل هـذا التهديد اكراها[٢] . وسمي هذا النوع من الاكراه بالاكراه الملجيء لانه يضطر المكره على مباشرة الفعل خوفا من فوات النفس أو العضو أو المال . وهو يفسد الاختيار ويعدم الرضا عند الحنفية . وعند غيرهم يعدم الرضا والاختيار لانهما متلازمان . فاذا فات أحدهما فات الآخر . ووجهة الحنفية ان الاختيار هو القصد الى فعل مقدور عليه متردد بين الوجود والعدم بترجيح أحدهما على الآخر . وبتعبير آخر هو القصد الى فعل شيء أو تركه بترجيح من الفاعل ، وهذا المعنى لا يزول بالاكراه . فالمكره يوقع الفعل بقصده اليه واختياره له . فهو يختار أهون الشرين ، أي ايقاع ما أوقعه على وقوع ما هدد به . ولكن لما كان هذا الاختيار بني على اختيار المكره واكراهه كان اختياره فاسدا . أما انعدام الرضا بالاكراه ، فلأن الرضا هو الرغبة في الشيء والارتياح له ، وهذا المعنى لا يوجد مع الاكراه .

أما الاكراه غير الملجيء ، فيكون بالضرب والحبس ونحو ذلك . أي يكون بالتهديد بما دون اتلاف النفس أو العضو أو المال وهو يختلف باختلاف

---

(١) وبعض الفقهاء يذكرون ما به يتحقق الاكراه كالقتل والضرب ، دون أن يقسموه الى اكراه ملجىء وغير ملجىء : المغني ج٧ ص١٢٠ ، المهذب للشيرازي ج٢ ص٨٣ .

(٢) جاء في الفقرة ٢ ، م١١٢ من القانون المدني العراقي : « ويكون الاكراه ملجئا اذا كان تهديدا بخطر جسيم محدق كاتلاف نفس أو عضو أو ضرب مبرح أو ايذاء شديد أو اتلاف خطير في المال . ويكون غير ملجيء اذا كان تهديدا بما هو دون ذلك كالحبس والضرب على حسب أحوال الناس » . وهذه الفقرة مأخوذة من الفقه الاسلامي ، كما هو مذكور في الصلب .

الاشخاص[1] . وهو يعدم الرضا ولكنه لا يفسد الاختيار لعدم الاضطرار على مباشرة ما أكره عليه لتمكنه من الصبر على ما هدد به بخلاف الاكـراه الملجـيء .

٤٢٠ ـ أثر الاكراه في عقود المكره وتصرفاته :

عند الحنفية لا تعتبر اقرارات المكره ، لان اعتبـار الاقـرار انما كان لترجح جانب الصدق فيه ، وبالاكراه يترجح جانب الكذب فلا يعتبر . أما تصرفاته القولية التي لا تحتمل الفسخ ولا تبطل بالهزل كالنكاح والطـلاق والرجعة ، فهذه التصرفات تقع صحيحة نافذة لا أثر للاكراه فيها . وحجتهم في ذلك ان هذه التصرفات يترتب عليها أثرها بمجرد صدورها عن الشخص باختياره ، لان الشارع اعتبر التلفظ بها قائما مقام ارادة معناها وحكمهـا بدليل وقوعها من الهازل مع انه لم يقصد حكمها ولم يرد معناها ، فالمكره أولى لانه قصد ايقاعها واختار حكمها ، وان كان اختياره فاسدا اذا كـان الاكراه ملجئا[2] . أما اذا كانت تصرفات المكره القولية انشاءات تحتمـل الفسخ ولا تصح مع الهزل كالبيع ونحوه ، فان أثر الاكراه فيها الفساد ، فتقع فاسدة لا باطلة . وحجتهم ان الاكراه يعدم الرضا لا الاختيار ، والرضا شرط للصحة لا للانعقاد ، فتقع هذه التصرفات منعقدة الا انها فاسدة[3] .

---

(١) في المادة ١١٤ من القانون المدني العراقي : « يختلف الاكراه باختلاف أحوال الاشخاص وسنهم وضعفهم ومناصبهم ومراكزهم الاجتماعية ودرجة تأثرهم وتألمهم من الحبس والضرب كثرة وقلة وشدة وضعفا » . وهذه المادة تتكلم عن الاكراه غير الملجيء ، ولها أساسها في الفقه الاسلامي .

(٢) ولكن فساد الاختيار يقتضي فساد العقد ما دام الاحناف يفرقون بين الرضا والاختيار ، ويقولون بفساد الاخير في الاكراه الملجيء ، ولـكنهم لم يصرحوا بهذا ، أنظر الكاساني ج٧ ص١٨٢ وما بعدها .

(٣) ويقولون ان الفساد يرتفع اذا أجازه المكره بعد زوال اكراهه . ولكن يرى زفر ، من أئمة الفقه الحنفي ، ان العقد هنا موقوف لا فاسد ، لان الذي تلحقه الاجازة هو الموقوف لا الفاسد . وقول زفر قوي على مقتضى الفقه الحنفي ، أنظر شرح الكنز للزيلعي ج٥ ص١٨٢ وما بعدها . وبقول زفر أخذ القانون المدني العراقي ، فقد جاء في المادة ١١٥ : « من أكره اكراها معتبرا بأحد نوعي الاكراه على ابرام عقد لا ينفذ عقده » .

٤٢١ ـ وعند غير الحنفية ، كالجعفرية والشافعية والحنابلة ، لا يترتب على قول المكره حكم ، فأقواله كلها مهدرة ، فلا يقع طلاقه ولا بيعه ولا شراؤه ولا أي تصرف قولي آخر • وحجتهم من وجوه كثيرة ، منها[١] :

آ ـ ان الله تعالى أسقط عن المكره حكم الكفر اذا نطق بكلمة الكفر ، جاء في القرآن الكريم : « الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان » • وأحكام الكفر أعظم من أحكام البيع والشراء ونحوهما ، لان الكفر يترتب عليه فراق الزوجة ، وازهاق الروح ، فاذا سقط الاعظم سقط الاصغر •

ب ـ جاء الحديث عن النبي (ص) : « ان الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » • وفي حديث آخر : « لا طلاق في اغلاق » وفسر الاغلاق بالاكراه • وعن الامام علي بن أبي طالب : لا طلاق لمكره • ومثل هذا روي عن فقهاء الصحابة • وكل هذا يدل على عدم اعتبار عقود وتصرفات المكره •

ج ـ القصد لما وضع له التصرف شرط لجوازه ، ولهذا لا يصح تصرف الصبي والمجنون • وهذا الشرط يفوت بالاكراه ، لان المكره لا يقصد بالتصرف ما وضع له ، وانما يقصد بتصرفه دفع الضرر عن نفسه •

د ـ المكره يأتي باللفظ دفعا للاذى عن نفسه غير قاصد لمعناه ، ولا مريد حكمه ، فيلزم أن يعتبر قوله لغوا بمنزلة كلام المجنون والنائم ومن لا قصد له •

٤٢٢ ـ ويرد الحنفية على هذه الادلة بأن الاكراه لا يعمل في الاعتقادات ، ولهذا عفي عن المكره اذا نطق بكلمة الكفر • ويقولون في حديث: « عفي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ان المراد به الاكراه على الكفر ، لان القوم آنذاك كانوا حديثي عهد بالاسلام ، وكان الاكراه على الكفر يقع من المشركين • وحتى لو كان المراد بالاكراه في هذا الحديث

---

(١) كتاب الخلاف للطوسي ج٢ ص٤٥٣ ، ومنهاج الصالحين للمجتهد السيد محسن الحكيم ج٢ ص١٨٢ ـ ١٨٣ ، الام للشافعي ج٣ ، ص٢٠ ، اعلام الموقعين ج٣ ص١٠٨ و ج٤ ص٤٣ ـ ٤٤ ، وزاد المعاد ج٢ ص٢٠٠ ، الكاساني ج٧ ص١٨٢ ـ ١٨٤ ، المغني ج٧ ص١١٨ •

الاكراه على غير الكفر فلا نسلم ان العقود وسائر التصرفات القولية مستكره عليها ، لان الاكراه لا يؤثر في الاقوال كما لا يؤثر في الاعتقادات ، لان أحدا لا يستطيع أن يستعمل لسان غيره فكان المتكلم مختارا فيما يتكلم به ، فلا يكون مستكرها عليه ، فلا يتناوله الحديث . أما ان القصد الى ما وضع له التصرف شرط جوازه ، فهذا مردود بطلاق الهازل فانه يقع مع انه غير قاصد ما وضع له التصرف . وحتى لو كان هـذا شرطا فهو موجود في الاكراه ، ، فالمكره قاصد دفع الهلاك عن نفسه ، ولا يندفع هذا الهلاك الا بالقصد الى ما وضع له التصرف ، فكان قاصدا اليـه ضرورة . أما الآثار المروية بعدم وقوع طلاق المكره ، فانها تعارض بآثار أخرى نصت على وقوع طلاقه ، فلا تكون آثارهم أولى بالقبول من آثارنا وأحاديثنا .

٤٢٣ - القول الراجح :

القول الذي نختاره هو ما ذهب اليه الجمهور ، فلا يقع أي عقد أو تصرف قولي من المكره سواء أكان يحتمل الفسخ أو لا يحتمله . فجميع عقود وتصرفات المكره باطلة . وما ذكره الحنفية لا ينهض حجة لما ذهبوا اليه . وما ذكروه من أدلة وردود ، قابل للرد والمناقشة . ويكفينا هنا ذكر بعض ما يرد به على الحنفية ، فنقول : ان احتجاجهم بوقوع طلاق الهازل ونكاحه لا يفيد . لان الهازل يأتي بالسبب مختارا عالما بمعناه وبما يترتب عليه . أما المكره فانه يأتي به مكرها قاصدا دفع الاذى عن نفسه ، فهـو بمنزلة من يحكي قول غيره ، فأين هذا من ذاك وكيف يتساويان في الحكم ؟ والنص جاء بوقوع طلاق الهازل فأين النص بوقوعه من المكره ؟ ثم ان اعتبار التراضي في البيع يوجب اعتباره في النكاح ونحوه بطريق أولى ، لان شأن الفروج أعظم من شأن المال . لان الله تعالى اذا حرم أخذ مال الغير الا بالتراضي فالفروج أولى أن لا تستحل الا بالتراضي الشرعي المعتبر ، ولهذا نهى الولي أن يزوج المرأة التي تحت ولايته الا برضاها[١] . وقولهم ان الاكراه لا يعمل في الاقوال ، مردود بأن النص القرآني لم يرتب أثرا على كلمة الكفر يقولها المكره ، وهذا دليل اعتبار الاكراه في الاقوال .

---

(١) نظرية العقد لابن تيمية ص١٥٥ .

الفصل الخامس

أقسام العقد

٤٢٤ - تمهيد :

ينقسم العقد الى تقسيمات مختلفة لاعتبارات مختلفة ، فهناك تقسيم باعتبار وصفه وآخر باعتبار وقت اتصال حكمه بصيغته ، وثالث باعتبار نوع آثاره التي تكون عنه . فتقسيمات العقد ، اذن ، تقوم على أساس الجهة التي تنظر منها اليه . وسنتكلم فيما يلي ، في أبحاث متتالية ، عن كل تقسيم من هذه التقاسيم .

المبحث الأول

العقد باعتبار وصفه

٤٢٥ - تمهيد :

يوصف العقد بالحل والحرمة ، أو بالوجوب والندب والكراهة ، بناء على طلب الشارع له أو اباحته أو نهيه عنه ، وعلى أساس نية العاقد وقصده . والوصف من هذه الاوصاف التي تلحق العقد يسميه الفقهاء « بحكم العقد » . فحكم العقد ، يعني فيما يعنيه ، ما يلحق العقد من هذه الاوصاف ، وعلى هذا الاساس يقولون ، مثلا ، حكم البيع الاباحة ، أي أنه مباح . وحكم الربا الحرمة ، أي أنه محرم . وحكم الزواج - في حق من خاف على نفسه الوقوع في الزنا - الوجوب ، أي أنه واجب في حقه .. وهكذا .

وقد يطلق الفقهاء عبارة « حكم العقد » ويريدون بها ما يكون للعقد من وصف يرجع الى ما للعقد من وجود معين تترتب عليه آثاره أو لا تترتب أو من قوة ملزمة لعاقديه أو غير ملزمة . فيقولون حكم هذا العقد انه باطل

لا تترتب عليه آثاره ، وحكم هذا العقد صحيح تترتب عليه آثاره • وحكم عقد الوكالة انه غير لازم ، وحكم عقد الاجارة انه لازم ، وحكم عقد الفضولي انه موقوف على اجازة من له الشأن فيه ، فان أجازه نفذ ، وان لم يجزه بطل •• وهكذا[1] • وهذا المعنى الاخير لحكم العقد ، هو ما نريده في هـذا المبحث ، وعلى أساسه ينقسم العقد الى عدة تقسيمات على أساس الوصف الذي يلحق به على النحو الذي ذكرناه آنفا • وسنذكر هـذه التقسيمات تباعا مع شرح موجز لها •

٤٢٦ ـ أولا ـ الصحيح وغير الصحيح :

العقد الصحيح هو ما كان سببا صالحا لترتب آثاره الشرعية عليه • وهو العقد المنعقد الذي لا خلل في ركنه لصدوره من أهله ، وكان محله قابلا لحكمه ، وسلمت أوصافه من الخلل ، ولم يقترن به شرط من الشروط الفاسدة • ويعبر عنه الفقهاء بأنه العقد المشروع بذاته ـ أي بأصله ـ ووصفه • وهذا العقد تترتب عليه آثاره المقررة له شرعا[2] •

وغير الصحيح ، هو الذي لم تتوافر فيه شروطه وأركانه • وهو عند الحنفية ينقسم الى قسمين : باطل وفاسد • فالباطل ، عندهم ، ما كان مختلا ، والخلل فيه راجع الى ركنه ، كأن تكون صيغة العقد معيبة غير سليمة لا اعتبار لها ، كما لو كان القبول غير مطابق للايجاب ، أو كان المحل غير قابل لحكم العقد كما في بيع ما ليس بمال أصلا • والعقد الباطل هو والمعدوم سواء لانه غير منعقد أصلا ، وغير مشروع أصلا ، ولهذا يعبرون عنه بأنه العقد غير المشروع لا بذاته ولا بوصفه • ولا تترتب عليه آثاره الشرعية ، لان هذه الآثار تترتب على ما له وجود شرعي معتبر ، والعقد الباطل ليس له هذا الوجود وان كان له وجود حسي في الخارج ، ولكن لا أثر لهذا الوجود فهو بحكم المعدوم •

والفاسد ، عند الحنفية ، ما كان مختلا ، والخلل فيه راجع الى وصف

---

(١) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص١١٢ •
(٢) الاستاذ علي قراعة ، المرجع السابق ، ص٧٧ •

من أوصافه اللازمة له • فهو عقد منعقد لسلامة ركنه ـ وهو الايجاب والقبول ـ من أي خلل ، والمحل قابل لحكم العقد ، وهذا القدر من السلامة يكفي لانعقاد العقد • ولكن الخلل طرأ على بعض أوصافه الخارجية فأفسده كما لو اقترن العقد بشرط فاسد ، أو كان الثمن مؤجلا الى أجل مجهول يؤدي الى النزاع ، أو كان المبيع غير معين ، أو ان عقد النكاح خلا من الشهود ، ونحو ذلك • ويعبر الفقهاء عن العقد الفاسد بأنه ما كان مشروعا بأصله لا بوصفه •

والعقد الفاسد لا تترتب عليه الآثار الشرعية المقررة له لو كان صحيحا ويلزم فسخه من قبل عاقديه لانه ليس محل رعاية الشارع • ولكن قد تترتب عليه ، أحيانا ، بعض الآثار اذا قام العاقد بتنفيذه ، كما لو قبض المشتري المبيع بالبيع الفاسد باذن البائع ، فانه بهذا القبض يملكه • وكما في النكاح الفاسد اذا حصل فيه دخول فانه يجب فيه مهر المثل ، وتجب العدة على الزوجة عند التفريق بينهما ، ويثبت فيه النسب رعاية لحق الطفل[1] • وواضح من هذه الامثلة ان العقد الفاسد لم يترتب عليه لذاته أثر شرعي ، وانما ترتبت عليه بعض الآثار نظرا لتنفيذه ، فكان هذا التنفيذ محل رعاية الشارع للشبهة القائمة بسبب العقد الفاسد •

٤٢٨ ـ الصحيح وغير الصحيح عند الجمهور :

وجمهور الفقهاء ، غير الحنفية ، يقسمون العقد قسمة ثنائية لا ثلاثية ، فالعقد ، عندهم ، صحيح ، وغير صحيح • فالصحيح ما كان مستجمعا لشروط الصحة والانعقاد ، أي ما كانت أركانه وشروطه وأوصافه سليمة لا خلل فيها على نحو تترتب عليه آثاره المقررة له شرعا • وغير الصحيح ما ليس كذلك ، فهو ، عندهم ، نوع واحد هو الباطل أو الفاسد • فهما اسمان لمسمى واحد هو العقد غير الصحيح • فغير الصحيح ما كان فيه خلل ، سواء أكان هذا الخلل في صيغته ، أو في العاقدين ، أو في محله ، أو في أوصافه

---

(١) الكاساني ج٥ ص٢٩٩ وما بعدها ، شرح الكنز للزيلعي ج٤ ص٦٠ ـ ٦١ •

اللازمة له كجهالة الثمن أو المحل أو تاريخ أداء الثمن . ومع اتفاق الجمهور على ما قلناه ، الا أنهم اختلفوا في حكم العقد الذي يرجع الخلل فيه الى وصف غير لازم للعقد أي في أمر مجاور له ، كما في النهي عن البيع وقت النداء لصلاة الجمعة ، أو النهي عن النجش في البيع ، فأكثرهم قالوا بصحة العقد في هذه الحالة مع الكراهة ، وقلة منهم قالوا بالبطلان[1] .

٤٢٩ - ثانيا - النافذ والموقوف :

قلنا ان العقد الصحيح ما يصلح أن يكون سببا لترتب الآثار الشرعية عليه . وهذه الآثار قد تظهر في الحال عند تمام انعقاد العقد دون توقف على اجازة أحد ، وهذا هو العقد النافذ . وقد يتوقف ظهور هذه الآثار على اجازة الغير وهذا هو العقد الموقوف .

آ - العقد النافذ : هو العقد الصحيح الصادر من كامل الاهلية والولاية كما لو عقد البالغ العاقل الرشيد عقدا لنفسه أو لغيره بالنيابة عن هذا الغير وكان ما عقده في حدود نيابته . وحكم هذا العقد ترتب آثاره عليه دون توقف على اجازة أحد .

ب - العقد الموقوف : هو العقد الصادر من شخص يتمتع بالاهلية ولكن لا يملك ولاية اصدار هذا العقد وانشائه ، كما في تصرفات الفضولي والصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر . فان تصرفات الفضولي موقوفة على اجازة من له الشأن فيها ، وتصرفات الصبي المميز موقوفة على اجازة وليه ، فاذا حصلت هذه الاجازة نفذ العقد والا بطل .

٤٣٠ - ثالثا - اللازم وغير اللازم :

والعقد النافذ ، ينقسم الى لازم ، وغير لازم :

آ - فالعقد اللازم ، هو الذي لا يملك أحد العاقدين فسخه دون رضا

---

(١) كشاف القناع ج٢ ص٥ وما بعدها ، الشرح الكبير للدردير ج٣ ص٦٠ ، مقدمات ابن رشد ج٢ ص٢١٣ وما بعدها . ويلاحظ هنا ، ان القانون المدني العراقي أخذ بالقسمة الثنائية ، فقد ذكر العقد الباطل ، ومتى يكون باطلا ، ولم يذكر الفاسد ، أنظر المواد ١٣٧ - ١٤٠ .

العاقد الآخر كالبيع والاجارة • ويلاحظ هنا ان امكان فسخ العقد اللازم باتفاق العاقدين انما يكون في العقود القابلة للفسخ ، أما التي لا تقبل الفسخ بطبيعتها فانها تبقى لازمة ولا يمكن فسخها حتى ولو أراد العاقدان ذلك ، كالخلع – وهو الطلاق على مال – وكعقد الزواج فانه بعد انعقاده لا يمكن فسخه من قبل أحد الطرفين ولا يفسخ باتفاقهما • ولا يعترض على قولنا هذا بما للزوج من حق الطلاق ، فان الطلاق انهاء لعقد الزواج وليس فسخا له ، لان الفسخ رفع للعقد من أساسه واعتباره كأن لم يكن وارجاع الطرفين الى حالتهما قبل انعقاده فلا يبقى من آثار العقد المفسوخ شيء ، وليس الطلاق هكذا ، فانه ينهي دوام العقد ولكن لا يرفع ما وقع من آثاره كلزوم المهر ووجوب النفقة •

ب – والعقد غير اللازم ، أو العقد الجائز ، كما يسميه بعض الفقهاء ، هو العقد الذي بطبيعته يمكن فسخه من قبل أحد العاقدين ، فهو غير لازم في حقهما ، فلكل منهما فسخه على وجه الانفراد والاستقلال متى شاء ، كعقد الوديعة والعارية • وقد يكون العقد لازما لاحد العاقدين غير لازم للعاقد الآخر ، فيستطيع هذا فسخه بينما لا يستطيع الاول ذلك • مثل عقد الرهن والكفالة • فالرهن بعد تمامه لازم بالنسبة للمدين لا يجوز فسخه ، بينما هو غير لازم بالنسبة للمرتهن فله أن يفسخه متى شاء • والكفالة عقد لازم بالنسبة للكفيل ، غير لازم بالنسبة للمكفول له ، فله فسخ عقد الكفالة بدون رضا الكفيل •

المبحث الثاني

العقد باعتبار اتصال حكمه بصيغته

أي باعتبار اتصال آثاره بصيغته

٤٣١ – نريد بحكم العقد هنا ما للعقد من آثار شرعية تترتب عليه ،

كما لو قيل حكم البيع :بوت ملكية المبيع للمشتري ، وملكية الثمن للبائع • وحكم الحوالة نقل الدين من ذمة المدين المحيل الى ذمة المحال عليه • وحكم عقد النكاح افادته ملك المتعة لكل من الزوجين بالآخر ، وهكذا ••

والعقود ليست سواء في اتصال آثارها بها • فمنها ما يترتب عليها آثارها فور انعقادها ، وهذه هي العقود المنجزة • ومنها ما تترتب عليها آثارها في زمن لاحق على انعقادها وهذه هي العقود المضافة الى المستقبل • ومنها ما قد لا تترتب عليها آثارها مطلقا لانها علقت على شرط وقد لا يوجد هذا الشرط وهذه هي العقود المعلقة على شرط •

٤٣٢ – اولا – العقود المنجزة :

العقد المنجز ، هو ما تكفي صيغته لانعقاده وترتب آثاره عليه في الحال• وهذا في العقود التي لا يحتاج في تمامها الى قبض المعقود عليه كما في البيع ونحوه • فالبيع بمجرد صدور صيغته المعتبرة من العاقدين يتم العقد وتترتب آثاره عليه في الحال ، فيتملك المشتري المبيع ، ويتملك البائع الثمن • أما في العقود التي تحتاج في تمامها الى قبض المعقود عليه كالهبة ، ونحوها من عقود التبرعات ، فلا تكفي الصيغة لتمام العقد وترتب آثاره عليه في الحال ، بل لا بد فيه من قبض المعقود عليه حتى يتم وتترتب آثار عليه • والعقد هنا قبل القبض صحيح ، ولكنه غير تام • وهناك عقود لا تصح ، بدون قبض ،كما في السلم والصرف ، فلا بد لصحة السلم من قبض الثمن ، ولا بد في الصرف من قبض البدلين في مجلس العقد ، وبدون هذا القبض لا يصح العقد[١] •

والاصل في العقود أن تكون منجزة ، الا ما كان منها بطبيعته لا يقبل التنجيز ، كعقد الوصية وعقد الايصاء • فالوصية ، وهي تمليك مضاف الى ما بعد الموت[٢] ، بطبيعتها لا يظهر أثرها الا بعد وفاة الموصي • وكذا

(١) الاستاذ محمد سلام مدكور ، المرجع السابق ، ص٦١١ ، والدكتور محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ، ص٤٤٣ •

(٢) الدر المختار ج٥ ص٥٦٨ • وعرف الوصية قانون الوصية المصري رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بمادته الاولى : « الوصية تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت » •

الايصاء ، وهو اقامة الموصي غيره وصيا على أولاده بعد وفاته .

٤٣٣ ـ ثانيا ـ العقود المضافة الى المستقبل :

العقد المضاف الى المستقبل هو الذي تدل صيغته على انشائه من حين صدور هذه الصيغة ولكن آثاره لا تترتب عليه الا في زمن مستقبل عينه العاقدان في العقد . كما لو قال شخص لآخر أجرتك هذه الدار بعشرين دينارا في الشهر ابتداء من الشهر القادم[١] .

٤٣٤ ـ والعقود من ناحية قبولها الاضافة وعدم قبولها تنقسم الى ما يأتي :

آ ـ عقود بطبيعتها لا تنعقد الا مضافة للمستقبل وهي الوصية والايصاء[٢] .

ب ـ عقود لا تقبل الاضافة وهي ، على ما قالوه ، عقود التمليكات ، أي العقود التي تفيد تمليك الاعيان ، كالبيع والصلح على مال والهبة والشركة والقسمة ، والابراء من الدين ، وكذلك عقد النكاح . والسبب في عدم قبولها الاضافة ، ان هذه العقود جعلها الشارع أسبابا مفضية الى آثارها في الحال ، فتأخير هذه الآثار لا يتفق وأصل وضعها الشرعي .

ج ـ عقود تقبل الاضافة[٣] . فيصح ايقاعها منجزة كما يصح ايقاعها مضافة الى المستقبل . وهذه العقود أنواع : (منها) الاجارة والمزارعة والعارية ونحو ذلك . وانما جازت الاضافة في هذه العقود لانها ترد على تمليك المنفعة وهي توجد آنا بعد آن ، فاضافتها لا تنافي أصل وضعها . (ومنها) الكفالة والحوالة ، وانما جازت الاضافة هنا لانه قد لا يطالب الكفيل ولا المحال عليه بالدين الا بعد زمن ، ففيهما معنى الاضافة ، فلا

---

(١) الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص٣٨١ـ٣٨٢

(٢) مذكرة في الالتزامات في الشرع الاسلامي للشيخ أحمد ابراهيم رحمه الله ص١٨٠ .

(٣) المبسوط ج١٥ ص٧٤ وما بعدها ، فتح القدير ج٧ ص١٤٧ وما بعدها ، الشيخ أحمد ابراهيم ، المرجع السابق ، ص١٨٠ ـ ١٨١ ، الدكتور محمد يوسف موسى ص٤٤٥ ـ ٤٤٦ ، الاستاذ محمد سلام مدكور ، المرجع السابق ، ص٦١٣ ـ ٦١٥ .

يتنافيان مع الاضافة الى الزمن المستقبل • (ومنها) الاسقاطات ، وهي التصرفات المتضمنة اسقاط ما يملكه الشخص ، كالطلاق والعتق والوقف • فله أن يؤخر هذا الاسقاط الى زمن مستقبل ، كما له أن يوقعه حالا • (ومنها) الاطلاقات ، وهي تصرفات فيها اطلاق وتمكين لشخص من تصرف كان ممنوعا منه ، كالوكالة والاذن للصبي في التجارة • وانما جازت اضافة هذه التصرفات الى المستقبل ، لانها بطبيعتها لا تفيد أحكامها وآثارها كاملة حال صدورها ، بل تحدث شيئا فشيئا فلا تتنافى مع الاضافة •

٤٣٥ ـ العقود المعلقة(١) :

العقد المعلق بالشرط هو الذي علق وجود على وجود شيء آخر • أي أن وجود العقد ربط بوجود أمر في المستقبل ، فاذا وجد وجد العقد وان لم يوجد لم يوجد العقد • كما لو قال شخص لآخر ان سافرت الى خارج العراق فأنت وكيلي في بيع داري ، فقال الآخر قبلت • فالعقد المعلق لا وجود له قبل وجود الشرط المعلق به • ويشترط لصحة التعليق أن يكون المعلق عليه معدوما وقت التعاقد الا أنه ممكن الوجود في المستقبل ، فاذا كان موجودا وقت التعاقد ، أو كان مستحيل الوقوع في المستقبل ، فان العقد في الحالة الاولى يكون منجزا ، لان التعليق صوري فقط ، وفي الحالة الثانية يكون العقد باطلا • مثال الحالة الاولى أن تقول لشخص أنا كفيل لك عن فلان اذا كان مدينا لك ، وتبين أنه كان مدينا فعلا • أو تقول لابنك بعد الامتحان ان نجحت في الامتحان فقد وهبت لك هذه الساعة ، ويتبين أنه كان ناجحا فيه • ومثال الحالة الثانية ، أن تقول لآخر وهبتك هذه الساعة اذا دخل الجمل في سم الخياط ، أو اذا شربت ماء دجلة ، أو اذا أحييت والدك الميت • ففي هذه الصور علق العقد على أمر مستحيل الوقوع فيكون العقد باطلا أي لا ينعقد أصلا •

---

(١) الشيخ أحمد ابراهيم ، المرجع السابق ، ص١٧٧ ـ ١٨٠ ، الفروق للقرافي ج٤ ص٢٧٦ ، الدكتور محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ص٤٤٨ ـ ٤٥٠ ، الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص٣٨٤ وما بعدها •

٤٣٦ - والعقود من ناحية قابليتها للتعليق وعدمه ، تنقسم الى ما ياتي :

آ - عقود لا تقبل التعليق : وهي على ما قالوه ، عقود التمليكات التي ترد على الاعيان أو المنافع ، بعوض أو بدونه ، كالبيع والاجارة والهبة والقرض والاعارة ونحو ذلك • وانما لم يجز التعليق في هذه العقود ، لان الشأن في المعلق عليه أنه قد يوجد وقد لا يوجد ، مما يجعل هذه العقود مترددة بين الوجود والعدم ، فتكون كأنها قمار • وأيضا فان عقود التمليكات يجب أن تكون جازمة حتى يتحقق فيها الرضا الذي هو أساس انعقاد العقد وترتب آثاره ، فاذا لم تكن هذه العقود جازمة بأن علقت على شرط ، فان الرضا قد يزول حين تحقق الشرط ، فينعقد العقد دون رضا ، وهذا لا يجوز • وعلى هذا لا يصح أن يقال بعتك هذه الدار اذا اشتريت دار جاري • أما عدم جواز تعليق النكاح على شرط ، فأمره واضح ، لان عقد النكاح لخطورته ولضرورة سلامة ابتنائه ووضوح الامر ابتداءا كل هذا يقضي بتنجيزه وعدم تعليقه أو اضافته • وعلى هذا لا يصح أن يقال تزوجتك اذا رضي أهلي أو اذا قدم والدي من السفر •

هذا ، وهناك رأي يجيز تعليق عقود التمليكات على شرط ، سواء أكانت بعوض أو بغير عوض ، لان الحاجة قد تدعو الى مثل هذا التعليق[١] • وهذا الرأي له وجاهته ، وتؤيده بعض الآثار المروية عن النبي (ص) وفيها تعليق الهبة على الشرط[٢] •

ب - عقود تقبل التعليق بكل شرط ، كالوكالة ، والوصية والايصاء ، والاسقاطات كالطلاق والاعتاق • وسبب جواز التعليق في هذه العقود ، ان هذا التعليق في بعض هذه العقود لا يترتب عليه ضرر بأحد المتعاقدين ، ولان بعضها ، كالطلاق ، اسقاط لما يملكه الشخص بمحض ارادته ، فصح تعليقه على أمر مستقبل ، كما لو قال شخص لزوجته : ان سرقت فأنت طالق ، فان

---

(١) اعلام الموقعين ، للامام ابن القيم ، ج٣ ص٢٨٨ •
(٢) نيل الاوطار للشوكاني ، ج٦ ص١٠٠ •

الطلاق يقع اذا وقع الشرط بأن سرقت المرأة[1] • والوكالة لا تفيد آثارها وقت صدورها ، بل تحدث هذه الآثار حين مباشرة الوكالة آنا بعد آن • والوصية والايصاء ، لا يترتب عليهما أثر الا بعد وفاة الموصي ، فهما معلقان على شرط الوفاة ، فصح تعليقهما على شيء آخر غير وفاة الموصي ، ولا ضرر في ذلك على أحد العاقدين •

ج ـ عقود وسط بين النوعين السابقين ، فهي تقبل التعليق ولكن بشرط أن يكون المعلق عليه شرطا مناسبا أي ملائما للعقد • ومن هذه العقود الكفالة والحوالة • والشرط الملائم هو ما كان مناسبا لمقتضى العقد حسب الشرع أو العرف ، بأن يكون بين الشرط وما علق عليه مناسبة تقتضي هذا التعليق[2] • فيصح أن تقول للمشتري : ان استحق المبيع فأنا كفيل بثمنه • ويصح أن تقول لآخر : ان أقرضت فلانا فأنا كفيل بهذا الدين • وأما اذا كان الشرط غير ملائم فلا يصح التعليق ، كما لو قال شخص لآخر : اذا أمطرت السماء فأنا كفيلك بما لك من دين في ذمة فلان • أو اذا نجحت في الامتحان فقد تكفلت بما لك من دين على فلان • أو قولك : اذا نجح ابني في الامتحان فقد أحلتك بالدين الذي لك علي على فلان • فالتعليق في هذه العقود مفسد للعقد لانه لا يظهر فيه قصد سليم فهو كالهزل ، فلا يصح العقد به[3] •

المبحث الثالث

أقسام العقد باعتبار نوع آثاره

٤٣٧ ـ لكل عقد أو تصرف آثار معينة تترتب عليه ، هي غرض العاقد

---

(١) وذهب بعض الفقهاء ، ومنهم الامام ابن تيمية ، الى أن تعليق الطلاق على شرط ووقوعه اذا تحقق الشرط ، انما يكون اذا كان قصد المتكلم ايقاع الطلاق اذا وقع الشرط ، أما اذا لم يقصد وقوعه بوقوع الشرط ، وانما قصد حمل الزوجة على عمل شيء أو الامتناع عن شيء ، فلا يقع الطلاق اذا تحقق الشرط : فتاوى ابن تيمية ج٣ ص٣ وما بعدها •

(٢) الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص٣٨٨ •

(٣) الدكتور محمد يوسف مرسي ، المرجع السابق ، ص٤٥١ •

من انشائه هذا العقد أو ذاك • فعقد البيع يفيد ملكية المبيع للمشتري ، وملكية الثمن للبائع • وهذا هو الغرض الذي يقصده العاقدان من عقد البيع • وعلى هذا الاساس تتنوع العقود الى مجموعات ، أي على أساس الغرض منها • وقد يكون للعقد الواحد أكثر من غرض واحد فيندرج تحت أكثر من مجموعة •

٤٣٨ – ونذكر فيما يلي هذه المجموعات وما يندرج تحت كل مجموعة من عقود وتصرفات :

أولا – عقود التمليكات : وهي التي يكون الغرض منها تمليك العين أو المنفعة ، بعوض ، أو بغير عوض • والتي بعوض هي عقود المعاوضات • والتي بغير عوض هي عقود التبرعات • فمن الاولى البيع والسلم والاجارة ، والمضاربة ، والمزارعة ، والمساقاة • فكل عقد من هذه العقود فيه مبادلة ومعاوضة من الجانبين ، أي من طرفي العقد • ومن الثانية ، أي عقود التبرعات ، الهبة ، والاعارة ، والوصية والصدقة • وليس فيها معنى المعاوضة والمبادلة ، وانما فيها تبرع ومعونة من جانب واحد أي من أحد العاقدين الى الآخر •

ثانيا – الاسقاطات : وهي التي يراد بها اسقاط ما للانسان من حق ، فاذا كان الاسقاط بلا بدل فهي الاسقاطات المحضة ، وان كانت بعوض فهي اسقاطات فيها معنى المعاوضة • فمن النوع الاول الطلاق المجرد عن المال ، والاعتاق ، والعفو عن القصاص بلا بدل ، والتنازل عن حق السقفة ، وابراء الدائن مدينه من الدين • ومن الثاني الطلاق على مال تدفعه الزوجة نظير طلاقها ، وهو المسمى بالخلع • والعفو عن القصاص على مال يدفعه الجاني •

ثالثا – عقود التفويض والاطلاق : وهي التي تتضمن تفويض الغير واطلاق يده في التصرف بعمل كان ممنوعا عليه قبل هذا التفويض والاطلاق• كعقد الوكالة والايصاء والاذن للصغير المميز بمباشرة بعض أعمال التجارة •

رابعا – التقيدات : وهي تصرفات يراد بها منع شخص من تصرف

كان مباحا له من قبل ، مثل عزل الوكيل أو ناظر الوقف ، وعزل القضاة والاوصياء ، والحجر على المأذون له بالتجارة .

خامسا ـ عقود التوثيقات أو التأمينات : وهي التي يكون الغرض منها تأمين الدائن على دينه قبل مدينه . ومن هذه العقود الكفالة ، والحوالة ، والرهن[1] .

سادسا ـ عقود الشركات : وهي التي يكون الغرض منها الاشتراك في العمل والربح . ومنها المضاربة والمزارعة والمساقاة .

سابعا ـ عقود الحفظ : وهي التي يقصد بها حفظ المال ، كعقد الوديعة ، فان المودع يضع ماله عند المودع لغرض حفظ ماله فقط .

---

(١) الكفالة ، عقد يفيد ضم ذمة الى ذمة في المطالبة .
والحوالة عقد يفيد نقل الدين من ذمة الاصيل « المدين » الى ذمة المحال عليه .
والرهن ، جعل الشيء محبوسا عند الدائن حتى يمكنه استيفاء دينه منه عند عدم ادائه من قبل المدين في حينه . ويسمى هذا الشيء بالرهن أو المرهون . ويسمى صاحبه ، وهو المدين ، بالراهن . ويسمى الدائن ، الذي وضع عنده الرهن ، بالمرتهن .

الفصل السادس

الخيارات

٤٣٩ – تمهيد :

الخيارات جمع مفردها خيار ، وهو طلب خير الامرين أو الامور . وعند الفقهاء يراد بالخيار أن يكون للمتعاقد الحق في امضاء العقد أو فسخه . والحكمة في وجود الخيارات في العقود اللازمة – مع ان الاصل لزوم مقتضاها بالنسبة للعاقدين – هي التأكد من رضا العاقدين في انشاء العقد وامضائه ، ولان الحاجة ورعاية مصلحة طرفي العقد تدعوان الى هذه الخيارات . فالانسان قد يشتري ، مثلا ، سلعة ، ويخفى عليه ما فيها من عيب عند التعاقد ، ثم يطلع عليه فيما بعد ، فمن العدل أن يعطى هذا المشتري الخيار في فسخ العقد أو ابقائه . وهذ الخيارات منها ما ورد النص الشرعي بها ، فهي ثابتة بحكم الشرع حتى ولم يشترطها أحد المتعاقدين كخيار الرؤية وخيار العيب . ومنها خيارات لا تثبت بدون اشتراطها في العقد كخيار الشرط وخيار التعيين . وسنتكلم في أبحاث متتالية عن أهم هذه الخيارات .

المبحث الأول

خيار الشرط

٤٤٠ – تعريفه :

وهو أن يكون لاحد العاقدين أو لكليهما أو لغيرهما الحق في امضاء العقد أو فسخه في مدة معلومة اذا شرط ذلك في العقد[١] . ويثبت الخيار للعاقد بأن يشترطه لنفسه أو يشترطه العاقد الآخر له ، كما لو قال البائع

---

(١) الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص٤٠١ .

للمشتري بعتك هذه الفرس ولك الخيار ثلاثة أيام • فسبب ثبوت هذا الخيار اشتراطه في العقد من قبل أحد العاقدين ولذا سمي بخيار الشرط ، أي الخيار الذي سببه الشرط[1] •

٤٤١ ـ مدته :

ومدة هذا الخيار ثلاثة أيام أو أقل • وهذا عند فريق من الفقهاء كالشافعية وأبي حنيفة • وعند الحنابلة والجعفرية يجوز أن يكون الخيار لاكثر من ثلاثة أيام ما دامت المدة معلومة ، سواء أكانت قصيرة أو طويلة • وعند المالكية يثبت هذا الخيار بالشرط أو بمقتضى العرف بدون اشتراط ، وفي البيع تختلف مدته باختلاف نوع المبيع[2] • ووجهة القائلين بتحديد المدة بثلاثة أيام أن الحديث ورد بهذه المدة فيقتصر عليها لان خيار الشرط يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم فيقتصر على أقصى ما ورد به النص وهو ثلاثة أيام • ووجهة المجيزين لاكثر من ثلاثة أيام أن هذا الخيار شرع لمصلحة مشترطه وهو أدرى بما يكفيه من مدة ، ولا ضرر في اطالتها ما دامت معلومة • أما تحديدها في الحديث بثلاثة أيام فلا يعني عدم جوازها بأكثر من هذه المدة ، والرأي الاول أرجح[3] • واذا كانت المدة مجهولة ، صح العقد والغي الشرط عند فريق من الفقهاء كالحنابلة[4] • وعند فريق آخر يفسد العقد وهذا مقتضى مذهب الحنفية لان مجهولية المدة شرط فاسد والشروط الفاسدة تفسد العقد عندهم •

٤٤٢ ـ العقود التي يجري فيها خيار الشرط :

يجوز اشتراط خيار الشرط في العقود اللازمة القابلة للفسخ كالبيع

---

(١) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص١٢١ •

(٢) اللباب في شرح الكتاب للميداني ج١ ص٢١٥ ـ ٢١٦ ، مغني المحتاج ج١٤ ، كشاف القناع ج٢ ص١٧ ، مواهب الجليل ج٤ ص٤١٠ ـ ٤١١ ، شرح الصغير للدردير ج٢ ص٥٢ ، ٥٣ ، منهاج الصالحين ، الطبعة السابعة للمجتهد السيد محسن الحكيم ج٢ ص٢٢ •

(٣) أنظر نيل الاوطار للشوكاني ج٥ ص١٨٤ •

(٤) المغني ج٣ ص٥٨٩ •

والاجارة . ولا يجوز في العقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ كالزواج والخلع ، وكذا في الايقاعات كالطلاق والعتق[1] . ولا يجري كذلك في العقود غير اللازمة والوديعة والعارية . ويشترط هذا الخيار لاحد العاقدين أو لغيرهما ، ولهذا الغير أن يباشر هذا الخيار كما لمن اشترط له أن يباشر الخيار بنفسه وأيهما باشر حقه في الخيار نفذ وبطل حق الثاني فيه .

٤٤٣ - أثر الخيار في العقد :

لا خلاف في أن الخيار يجعل العقد غير لازم بالنسبة لمن له الخيار ، فله أن يمضيه أو يفسخه . ولا يشترط في الامضاء أو الفسخ لفظ مخصوص بل يجوز بكل لفظ يدل على ارادة امضاء العقد أو فسخه . وكذلك يجوز أن يكون ذلك بالفعل الدال على رغبة العاقد في ابقاء العقد أو الغائه . واذا مضت المدة دون أن يبين من له الخيار رأيه فان العقد يكون لازما في حق الطرفين .

واذا كان الخيار في عقود المعاوضات فانه يمنع خروج العوض من ملك من له الخيار ، فاذا كان الخيار للبائع لم يخرج المبيع من ملكه ولكن الثمن يخرج من ملك المشتري . واذا كان الخيار للمشتري لم يخرج الثمن من ملكه ولكن ذلك لا يمنع خروج المبيع من ملك بائعه ، فاذا أمضي العقد من له الخيار فيه ، كالمشتري ، مثلا ، ظهر عنه ذاك أن المبيع دخل في ملكه من وقت صدور العقد ، وان فسخه ظهر انه عاد الى البائع[2] .

٤٤٤ - انتهاء خيار الشرط :

ينتهي خيار الشرط بجملة أمور[3] ، منها :

أولا : امضاء العقد أو فسخه في مدة الخيار .

ثانيا : مضي مدة الخيار بلا امضاء أو فسخ .

---

(١) المجتهد السيد محسن الحكيم ، المرجع السابق ، ص٢٢

(٢) الشيخ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص١٢٤ - ١٢٥ .

(٣) بداية المجتهد ج٢ ص١٨٤ ، السيد محسن الحكيم ، المرجع السابق ، ص٢٣ ، ٢٤ ، الاستاذ علي الخفيف ص١٢٥ - ١٢٦ ، الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص٤٠٩ .

ثالثا : تعيب محل العقد أو هلاكه بيد العاقد الآخر اذا كان الخيار له . لان فسخ العقد يقتضي رد محل العقد الى صاحبه . ومع تعيبه أو هلاكه يمتنع الرد ، فيلزم العقد وينتهي حكم الخيار .

رابعا : موت من له الخيار . وهذا عند فريق من الفقهاء ، كالحنفية والحنابلة . لان خيار الشرط رغبة ومشيئة من اختاره ، والرغبات وسائر الصفات الشخصية لا تورث . وذهب غيرهم كالجعفرية والشافعية والمالكية الى وراثة شرط الخيار ، وحجتهم انه حق متعلق بالمال ، فيورث كما تورث سائر الاموال ، وبهذا جاء الحديث الشريف : « من ترك مالا أو حقا فلورثته » .

المبحث الثاني

خيار التعيين

٤٤٥ ـ يرد هذا الخيار في عقود المعاوضات التي تفيد تمليك الاعيان كالبيع والهبة بشرط العوض[١] . ومعناه أن يكون لاحد المتعاقدين حق تعين أحد الشيئين أو الثلاثة التي ذكرت في العقد مع ثمن كل منها ، ليكون هذا المعين هو محل العقد . كما لو قال شخص لآخر بعتك أحد هذين الثوبين بثمنه ـ ويعين البائع ثمن كل ثوب ـ على أن تعين ما تريد شراءه في مدة يومين . فيقول الآخر قبلت . فيثبت بهذا الخيار للمشتري اختيار أحد الثوبين وجعله محلا لعقد البيع بالثمن المعين له .

٤٤٦ ـ وجواز هذا الخيار ليس محل اتفاق الفقهاء ، فالاكثرون لم يجيزوه لجهالة المحل ، والاقلون أجازوه ومنهم أبو حنيفة وصاحباه أبو يوسف ومحمد[٢] . والظاهر ان قول المجيزين أرجح من قول المانعين ، لان في الناس حاجة الى مثل هذا الخيار ، وليس فيه ضرر على أحد المتعاقدين

---

(١) الاستاذ شلبي ص٤٣١ .

(٢) الكاساني ج٥ ص٢٦ وما بعدها ، شرح الكنز للزيلعي ج٤ ص ٢٦ وما بعدها ـ شرح المجلة لعلي حيدر ج١ ص٢٦٣ .

ولا تؤدي جهالة المحل قبل التعيين الى أي نزاع لتعيين ثمن كل واحد من الاشياء التي يجري فيها خيار التعيين • ويجوز اشتراط هذا الخيار للمشتري بلا خلاف بين القائلين به ، ويجوز اشتراطه للبائع أيضا على رأي بعضهم ، ولكن أكثرهم يمنعه • ويشترط أن يكون مع هـذا الخيار خيار الشرط أيضا ، وهذا على رأي بعض القائلين بخيار التعيين ، وليس هذا بشرط على رأي البعض الآخر منهم •

٤٤٧ ـ شروط صحة خيار التعيين(١) :

آ ـ أن يكون الخيار بين شيئين أو ثلاثة أشياء لا أكثر ، لان الحاجة تندفع بذلك •

ب ـ أن تكون هذه الاشياء متفاوتة فيما بينهـــا ، والتفاوت يثبت في الاموال القيمية • وكذلك في الاموال المثلية اذا اختلف الجنس •

ج ـ أن تكون أثمان الاشياء التي يجري فيها خيار التعيين معينة ، أي يذكر ثمن كل واحد من هذ الاشياء ، فان لم تعين أثمانها فسد العقد •

د ـ أن تكون مدة الخيار معلومة ، وهي عند أبي حنيفة لا تزيد عن ثلاثة أيام ، وعند صاحبيه يجوز أن تكون أكثر من ذلك ما دامت معينـــة واتفق عليها الطرفان(٢) •

٤٤٨ ـ مسقطات خيار التعيين :

يسقط خيار التعيين بالاختيار ، بأن يقوم المشتري بتعيين الشيء الذي يريده صراحة كأن يقول رضيت بهذا الشيء ، أو دلالة كما لو تصرف في أحد الاشياء تصرفا يدل على رضاه به ، كما لو كان المخير فيه ثلاث قطع من القماش فدفع واحدة منها الى خياط ليخيطها بدلة له • وكذلك يسقط هذا الخيار بهلاك أحد الاشياء بعد قبضها من قبل المشتري ، فيتعين الهالك محلا

---

(١) الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، ص٤٢٨ ـ ٤٢٩ •

(٢) وهذا ما أخذت به مجلة الاحكام العدلية ، فقد جاء في المـــادة ٣١٧ : « يلزم في خيار التعيين تعيين المدة » فلم تقيد هذه المادة المدة بثلاثة أيـــام •

للعقد بثمنه المحدد له • وكذلك اذا تعيب أحد الاشياء بعيب يمنع رده فانه يتعين محلا للعقد أيضا •

٤٤٩ ـ وراثة خيار التعيين :

اذا مات من له هذا الخيار قبل التعيين ، قام مقامه وارثه في هذا الخيار لانه خيار يورث ، ولان ملك المورث ثبت في واحد غير معين فعلى الوارث تعيينه ودفع ثمنه من التركة[١] •

المبحث الثالث

خيار الرؤية

٤٥٠ ـ تعريفـــه :

هو حق يثبت بمقتضاه لاحد العاقدين أن يفسخ العقد أو يمضيه عند رؤية محل العقد اذا لم يكن قـد رآه وقت التعاقـد أو قبله بوقت لا يتغير فيه[٢] • فاذا اشتريت فرسا لم ترها كان لك الخيار عند رؤيتها بين فسـخ العقد وامضائـه • فسبب ثبوت هذا الخيار هو عدم رؤية العاقد محل العقد عند التعاقد أو قبله بوقت قصير لا يتغير فيه محل العقد عادة • وثبوت هذا الحق بسبب عدم الرؤية يبقى قائما ولو وصف محل العقد من قبل العاقـد الآخـر ، لان الوصف مهما كان دقيقا فلن يبلغ مبلغ العلم بـه عن طريق رؤيته ، ولهذا شرع هذا الخيار عند الرؤية حتى يتحقق بها العلم الـكافي بمحل العقد ، فاذا أمضاه العاقد كان عن رضا كامل •

٤٥١ ـ معنى الرؤية وما تتحقق به :

المراد بالرؤية ، هنا ، ادراك محل العقد والعلم به والوقوف عـــلى حاله•ويتم ذلك باحدى حواس الانسان ، وكل شيء يدرك بما يناسبه ، فالمسك يعرف بالشم ، والمأكول بالذوق ، والقماش بالبصر واللمس ، والمزمـــار

---

(١) جاء في المادة ٣١٩ من المجلة ، القانون المدني العراقي القديم : « خيار التعيين ينتقل الى الوارث ••• » •

(٢) الاستاذ محمد مصطفى شلبي ص٤١٩ •

ونحوه مما يستعمل للجيوش بالسمع ، والحيوان بالبصر والجس وهكذا[1] • ولا يشترط رؤية جميع المحل اذا كانت رؤية البعض تؤدي الى معرفة الكل ، ويكون هذا في الاموال التي لاتفاوت بين أقسامها وأجزائها• وعلامة عدم التفاوت أن يكون من المعتاد بيع ذلك المال اكتفاء برؤية نموذجه كما في بيع المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة والقماش المصنوع من مادة واحدة في معمل واحد[2] •

٤٥٢ ـ العقود التي يثبت فيها خيار الرؤية :

يثبت خيار الرؤية للمتملك في كل عقد يكون فيه محل العقد معينا بالتعيين ، أي مشخصا ، ويكون قابلا للفسخ • وعلى هذا الاساس يثبت في العقود التالية[3] •

أولا ـ في البيع اذا كان المبيع عينا مشخصة فيثبت خيار الرؤية للمشتري • وكذلك يثبت للبائع اذا كان الثمن عينا مشخصة ، كما لو بعت سيارة بفرس ، فالخيار للبائع والمشتري •

ثانيا ـ في الاجارة ، كما لو استأجرت عينا لم ترها ، فالخيار لك عند رؤيتها بين امضاء الاجارة وبين فسخها ، وكذلك يثبت للمؤجر هذا الخيار اذا كانت الاجرة عينا مشخصة ، كما لو استأجرت دارا لمدة سنة نظير حيوان معين •

ثالثا ـ قسمة الاعيان القيمية ، فاذا قسمت بين أصحابها ، ولم ير أحد الشركاء نصيبه كان له الخيار اذا رآه •

رابعا ـ الصلح عن دعوى المال على عين معينة لم يرها المصالح ، فاذا رآها كان له الخيار ، لان هذا الصلح بمعنى البيع ، اذ يعتبر معاوضة بين الحق المدعى به والبدل المصالح عليه •

---

(١) شرح المجلة للاستاذ علي حيدر ج١ ص٢٦٨ •

(٢) نصت المادة ٣٢٤ من المجلة على ان : « الاشياء التي تباع على مقتضى انموذجها تكفي رؤية الانموذج منها فقط » •

(٣) الاستاذ علي حيدر ، المرجع السابق ، ج١ ص٢٦٩ ، الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص١٢٨ •

ويظهر من هذه العقود التي يثبت فيها خيار الرؤية ، ان هذا الخيار للمتملك ، وذهب بعضهم الى ثبوته للمملك أيضا • والراجح هو الاول •

٤٥٣ ـ ما يشترط لثبوت خيار الرؤية :

يشترط لثبوت خيار الرؤية جملة شروط هي[١] :

أولا ـ عدم رؤية العاقد محل العقد عند التعاقد أو قبله •

ثانيا ـ أن يكون محل العقد عينا معينة ، أي مشخصة ، كالدار التي في الجهة الفلانية في الموقع الفلاني وذات الحدود المعلومة في خارطتها وسند تسجيلها ، سواء أذكرت أوصاف المحل في العقد أم لم تذكر • لان ذكر الاوصاف مهما كان دقيقا لا يحقق العلم بالمحل المستفاد من الرؤية الحقيقية له • أما ما يثبت دينا موصوفا في الذمة ، كما في المبيع في عقد السلم ، فلا يثبت فيه خيار الرؤية ، لان تحقق الرضا بالمحل يكون بتحقق الوصف ، فاذا تحقق الوصف تحقق الرضا ولزم العقد ولم يكن هناك مقتضى لخيار الرؤية ، بخلاف العين المعينة ، فان الاوصاف ، كما قلنا ، لا تكفي لتمام العلم بالمحل •

ثالثا ـ أن يكون العقد مما يقبل الفسخ ، ليمكن فسخه • فاذا كان مما لا يقبل الفسخ ، كالزواج والخلع ، فلا يثبت خيار الرؤية فيما يجب به من مال وان كان عينا مشخصة ، كما لو زوج شخص امرأة على دار لم ترها ، أو خالعته على دار لم يرها ، لم يكن لاحدهما الخيار عند رؤية الدار •

رابعا ـ رؤية العاقد لمحل العقد ، فلا خيار له قبلها •

٤٥٤ ـ وقت ثبوت الخيار ومدته :

خيار الرؤية يثبت عند رؤية محل العقد فلا يثبت قبل هذه الرؤية • وثبوته يكون بحكم الشرع بدون حاجة الى اشتراطه في العقد ، بل يثبت

---

(١) الكاساني ج٥ ص٢٩٢ ـ ٢٩٣ ، شرح المجلة للاستاذ علي حيدر ج١ ص٢٦٩ ، الاستاذ علي الخفيف ص ١٢٧ ، الاستاذ محمد مصطفى شلبي ص٤٢١ ـ ٤٢٢ •

وان شرط في العقد نفيه • فاذا اشترى شخص عينا لم يرها على أن لا يكون له خيار رؤية كان شرطه لغوا ويثبت له الخيار عند رؤيتها • ومدة الخيار تبدأ من وقت رؤية المحل وتستمر الى أن يصدر ممن له هذا الخيار ما يدل على رضاه بالمحل أو فسخ العقد • كما ينتهي بحصول ما يسقطه • فليس له ، اذن ، مدة معينة ينتهي بانتهائها ، وبهذا الرأي الراجح في الفقه الحنفي أخذت مجلة الاحكام العدلية ، وذهب بعض الاحناف الى أنه موقت ، وينتهي هذا الوقت بمضي أي زمن بعد الرؤية يتمكن فيه من له الخيار من الفسخ ثم لا يفعل ، فاذا مضى هذا الزمن ولم يفسخ سقط الخيار ، وهذا مذهب الجعفرية أيضا[1] •

٤٥٥ ـ أثره في العقد :

ثبوت خيار الرؤية لاحد العاقدين لا يمنع نفاذ العقد ، فهو نافذ بالرغم من هذا الخيار ، ولكنه يمنع لزومه بالنسبة الى من ثبت له هذا الخيار ، فهو بالنسبة له عقد غير لازم ، وانما يلزم اذا أمضاه بعد رؤية المحل بأن يصدر منه ما يدل على رضاه بالمحل بالقول أو بالفعل كأن يقول رضيت أو أمضيت العقد ، أو بالفعل كأن يقبض المعقود عليه بعد رؤيته • أما رضاه ، قبل الرؤية ، بامضاء العقد فلا يجعل العقد لازما له ولا مسقطا لخيار الرؤية وحتى لو قال تنازلت عن حق خيار الرؤية ، لان التنازل عنه اسقاط له قبل وجوده ، ولا يصح اسقاط الحق قبل وجوده • وكذلك لو اشترط في العقد نفيه بأن قال : قبلت المبيع بثمنه على أن لا يكون لي خيار الرؤية • لم يلزمه ذلك وكان له خيار الرؤية ، لان هذا الشرط تغيير لما شرعه الاسلام ، وما شرعه الاسلام لا يملك الانسان تغييره • وعلى هذا يبقى للمتملك خيار الرؤية في جميع هذه الاحوال ، فله بعد الرؤية امضاء العقد أو فسخه • ولا يفهم من هذا ان من له الخيار لا يستطيع فسخ العقد قبل

---

(١) شرح المجلة للاستاذ علي حيدر ج١ ص٢٦٩ ، منهاج الصالحين للمجتهد السيد محسن الحكيم ج٢ ص٢٩ ، الاستاذ علي الخفيف ص١٢٧ •

رؤية المحل ، فان حق الفسخ ثابت له قبل الرؤية ولكن لا على أساس خيار الرؤية وانما على أساس ان العقد غير لازم له .

وكما له بعد الرؤية امضاء العقد فان له أيضا فسخه ، كأن يقول فسخت العقد أو رفضته . والفسخ لا يتوقف على رضا الطرف الآخر ولا على قضاء القاضي وانما يتوقف على علم الطرف الآخر دفعا للضرر عنه اذ ربما يعتمد على ما أجراه من عقد معه فلا يطلب لسلعته مشتريا آخر[1] .

٤٥٦ ـ مسقطات خيار الرؤية :

يسقط خيار الرؤية بواحد مما يأتي :

آ ـ الرضا بالعقد صراحة أو دلالة ممن له الخيار . فاذا قال رضيت بالعقد ، كان هذا القول اسقاطا صراحة . واذا قبض المعقود عليه بعد رؤيته كان هذا القبض اسقاطا دلالة ، كما قلت من قبل . وكذلك اذا طلب الاخذ بالشفعة بسببه ، يعتبر هذا الطلب رضا دلالة بالمحل بعد رؤيته .

ب ـ تصرف المتملك بالمحل كبيعه ورهنه واجارته وهبته مع التسليم أو بدونه ، وانتفاعه به ، وعرضه اياه للبيع .

ج ـ تعيب المحل في يد متملكه فانه لا يجوز في هذه الحالة رده لصاحبه وقد سلمه سليما ، لانه لا يجوز دفع الضرر عن المتملك بأضرار المالك .

د ـ تعذر رد المحل كاملا الى صاحبه لهلاك بعضه أو تعيب هذا البعض أو لتصرفه في هذا البعض والسبب واضح ، لان خيار الرؤية لا يتجزأ فاما أن يقبل الكل أو يرد الكل ، فاذا تعذر رد الكل سقط الخيار ولزم العقد[2] .

هـ ـ ويسقط هذا الخيار بترك المبادرة الى الفسخ بعد الرؤية ، وهذا عند الجعفرية[3] .

---

(١) الاستاذ شلبي ، المرجع السابق ، ص٤٢٤ ـ ٤٢٥ .

(٢) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص١٣٠ ـ ١٣١ ، الاستاذ مدكور ، المرجع السابق ، ص٦٩٠ ـ ٦٩١ .

(٣) منهاج الصالحين للمجتهد السيد محسن الحكيم ج٢ ص٢٩ .

ز – موت من له الخيار قبل أن يختار الفسخ أو الامضاء ، فاذا توفي سقط الخيار ولزم العقد ، ولم ينتقل الخيار الى الورثة ، لان خيار الرؤية كخيار الشرط ، ارادة ومشيئة ، والوارث لا يرث مورثه في رغباته وارادته[1] . وعند الجعفرية يورث خيار الرؤية ، فلا يسقط بوفاة من له هذا الخيار ، بل ينتقل الى ورثته[2] . وبقول الجعفرية قال الشافعي[3] .

المبحث الرابع

خيار العيب

٤٥٧ – تعريفه ، والعقود التي يثبت فيها :

هو ما يكون للمتملك من حق في فسخ العقد أو امضائه بسبب عيب يجده فيما تملك[4] . واضافة الخيار الى العيب من اضافة المسبب الى السبب أي الخيار الذي يثبت بسبب العيب . وهذا الخيار يثبت اذا كان المعقود عليه معينا بشخصه كما في خيار الرؤية ، فاذا كان معينا بأوصافه كما في المبيع في السلم فلا يثبت فيه خيار العيب ، لان تحققه يكون بتحقق أوصافه فاذا لم تحقق لم يكن محلا للعقد[5] . وعلى ذلك يثبت في العقود التي يثبت فيها خيار الرؤية وهي البيع ، والاجارة والقسمة وبدل الصلح ، على النحو الذي بيناه في مبحث خيار الرؤية .

٤٥٨ – العيب الذي يثبت فيه الخيار :

العيب في المعقود عليه الذي يوجب الخيار هو الذي يوجب نقصا في ثمنه عند التجار وأرباب الخبرة فيه ، أو الذي تقتضي الخلقة السليمة أن يكون المعقود عليه خاليا منه ، أو الذي يفوت الغرض المقصود منه ، وكان

---

(١) شرح المجلة للاستاذ علي حيدر ج١ ص٢٧١ .
(٣) منهاج الصالحين للمجتهد السيد محسن الحكيم ج٢ ص٣٢ .
(٢) الدكتور محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ، ص٤٧٩ .
(٥ ، ٦) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص١٣١ ، ١٣٢ – ١٣٣ .

ذلك يوجب نقصانا في قيمته[1] • بحيث لم علم المشتري ونحوه بهذا العيب لما أقدم على تملكه بالثمن الذي رضيه • وعلى هذا فالكسر في الاناء ، والعمى والعرج في الحيوان ، والنقص في الكتاب ، كل هذا وأمثاله يعتبر عيبا في المعقود عليه يثبت به الخيار •

٤٥٩ ـ سبب خيار العيب :

وسبب هذا الخيار ، هو العيب كما هو ظاهر من اسمه ، وانما كان العيب سببا للخيار لان سلامة المعقود عليه من العيوب أمر مقصود للعاقد ، ووصف مرغوب فيه عادة وعرفا ، حتى يحصل للمتملك الانتفاع بالمعقود عليه على الوجه الكامل التام ، فكأن سلامة المحل من العيوب قد شرطت في العقد ، فاذا فات هذا الشرط انعدم رضا العاقد ولحقه الضرر ، فكان في اعطائه هذا الخيار دفعا للضرر عنه ومنعا لالزامه بشيء لم يرض به ، ولهذا شرع هذا الخيار • ولا يحتاج لثبوته اشتراطه في العقد ، لانه يثبت بحكم الشرع ، فلا يحتاج الى اشتراطه[2] •

٤٦٠ ـ شروط ثبوت خيار العيب[3] :

أولا ـ حدوث العيب في محل العقد ـ كالمبيع في عقد البيع ـ قبل أن يتسلمه المشتري ، سواء أحدث العيب قبل العقد أو بعده ولكن قبل التسليم• فاذا حدث العيب بعد قبض المبيع من قبل المشتري فلا يثبت له خيار ، لان المبيع وصل اليه سالما وهذا مقتضى العقد •

ثانيا ـ ألا يعلم المشتري بالعيب حين العقد ، وألا يرضى به بعد علمه له ، وألا يزول هذا العيب قبل أن يستعمل صاحب الخيار حقه في فسـخ

---

(١) شرح المجلة للاستاذ علي حيدر ج١ ص٢٩٠ • وجاء في المادة ٣٣٨ من المجلة : « العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة» وأنظر الكاساني ج٥ ص٢٧٤ ، وكشاف القناع ج٢ ص٥٨ ، ومنهاج الصالحين للمجتهد السيد محسن الحكيم ج٢ ص٣٠ •

(٢) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص١٣٢ •

(٣) شرح المجلة ، المرجع السابق ، ج١ ص٢٨٥ ـ ٢٨٦ ، الدكتور محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ، ص٤٨١ ، الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص١٣٢ •

العقد . وعلى هذا اذا جرى العقد وكان المشتري عالما بما في المحل من عيب ، أو كان جاهلا به ثم علم به بعد العقد فرضي به ، أو اذا زال قبل أن يبادر الى طلب الفسخ ، ففي هذه الحالات لا يبقى له خيار في الفسخ ، لان سبب الخيار وجود العيب وعدم رضاه به ، فاذا زال السبب زال المسبب .

ثالثا — ألا يكون المملك — كالبائع في عقد البيع — قد اشترط براءته من العيوب . فان اشترط ذلك ورضي المتملك ، ثم ظهر عيب في المعقود عليه لم يترتب عليه خيار .

٤٦١ — اثره في العقد(١) :

وجود العيب في المعقود عليه لا يؤثر في ترتب أحكام العقد ، وانما يظهر أثره في لزوم العقد فيمنعه بالنسبة الى من يثبت له هذا الخيار ، اذ لهذا الاخير الحق في امضاء العقد أو فسخه ما دام الفسخ ممكنا لان العقد بالنسبة له غير لازم بسبب خيار العيب . فاذا أراد الفسخ فله هذا دون توقف على رضا العاقد الآخر ما دام الفسخ في حضرته ، ولكن اذا لم يكن هذا العاقد حاضرا عند الفسخ اشترط علمه بالفسخ . واذا كان الفسخ بعد القبض فلا بد من رضا العاقد الآخر ، أو قضاء القاضي عند ابائه . والسبب في اشتراط رضاه في هذه الحالة ، هو تأكد العقد بالقبض ولانه يمكن أن ينازعه في وجود العيب فيتحتم الفصل والحكم بالفسخ من قبل القضاء . هذا وان الفسخ بالتراضي يعتبر فسخا بالنسبة للعاقدين وبيعا بالنسبة للغير فيثبت فيه حق الشفعة . أما الفسخ بقضاء القاضي ، أو الفسخ قبل القبض ، فانه فسخ بالنسبة للعاقدين وغيرهما ، فلا يثبت فيه حق الشفعة .

هذا ، ويلاحظ هنا ان المتملك ، المشتري مثلا ، لا يستطيع امساك المعقود عليه والاحتفاظ به والزام البائع بنقص الثمن بسبب العيب ، الا اذا رضي البائع بذلك فيكون ذلك حطا لجزء من الثمن . ويعللون ذلك بأن

(١) شرح المجلة للاستاذ علي حيدر ج١ ص٢٨٣ ، الاستاذ مدكور ، المرجع السابق ، ص٦٩٨ ، الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص١٣٣ ، الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص٤١٥ .

العيب نقص في أوصاف المبيع ، والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لانها تابعة فلا يلزم البائع بنقص الثمن اذا فات شيء منها . ولانه لو ألزم بذلك لكان فيه ضرر على البائع باخراج ملكه بثمن لم يرضه والضرر لا يجوز ، وان كان فيه ازالة ضرر عن المشتري لان الضرر لا يزول بمثله . ولهذا كان الحكم اما فسخ العقد ورد المبيع الى صاحبه واسترداد الثمن منه ، واما امضاء العقد على حالته الا اذا تراضيا على الحط من الثمن .

٤٦٢ ـ سقوط خيار العيب(١) .

أولا ـ يسقط خيار العيب برضا من يثبت له هذا الخيار ، صراحة كان هذا الرضا أو دلالة ، فيصير العقد لازما ولا يمكن فسخه الا بتراضيهما. والرضا الصريح يتم بأي لفظ يدل عليه كقوله رضيت وأجزت . والرضا دلالة مثل تصرفه به بالبيع والهبة مع التسليم . وكذلك يسقط بالاسقاط الصريح أو بما هو في حكم الصريح . وكذا بابراء المتملك للمملك من العيب لان الابراء اسقاط وهو يملك الاسقاط لان خيار العيب حقه فله أن يستمر فيه أو يسقطه .

ثانيا ـ اذا تعيب المعقود عليه بعيب جديد في يد من له الخيار ، سواء أكان هذا العيب نقصا في ذاته ، أو نقصا في قيمته . وكذلك هلاكه ، أو اذا تغير تغيرا تاما كما لو كان قمحا فطحنه أو دقيقا فعجنه .

ثالثا ـ زيادة المعقود عليه في يد من له الخيار زيادة متصلة غير متولدة منه كصبغ الثوب ، أو زيادة منفصلة متولدة منه كالولد واللبن والصوف من الحيوان ، والثمر من الشجر ، اذا ما حصلت هذه الزيادة بعد القبض . وانما امتنع الرد وفسخ العقد في الصورة الاولى لان الزيادة لا يمكن فصلها عن المعقود عليه ، وفي الفسخ يراد رد محل العقد فقط وهذا لا يمكن فيمتنع الفسخ . وفي الصورة الثانية ان كان رد المعقود عليه ، عند فسخ

---

(١) منهج الصالحين للمجتهد السيد محسن الحكيم ج٢ ص٣٠ ، الاستاذ مدكور ، المرجع السابق ، ص٦٩٩ ـ ٧٠٠ ، الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص٤١٥ ـ ٤١٧ .

العقد ، مع الزيادة ، كانت هذه الزيادة بدون عوض وهذا لا يجوز . وان أبقاها المتملك له كانت بدون عوض أيضا وهذا لا يجوز .

٤٦٣ ـ الرجوع بنقصان العيب[١] :

اذا امتنع فسخ العقد ورد المعقود عليه ، بسقوط خيار العيب ، فان المتملك في بعض الحالات يستحق الرجوع على المملك بنقصان العيب . فيكون له هذا الرجوع اذا هلك المعقود عليه ، أو تعيب بغير فعله سواء كان بعد علمه بالعيب أو قبله . وكذلك اذا تعيب بفعله كما لو كان قماشا فقطعه ليخيطه ثوبا . أو استهلكه كما لو كان طعاما فأكله ، بشرط أن لا يكون التعيب والاستهلاك بعد علمه بالعيب ، فان كان عالما بالعيب ثم عيبه أو استهلكه فلا حق له برجوع النقصان . وكذلك يرجع بالنقصان في حالة الزيادة المانعة من الفسخ ورد المعقود عليه ، على النحو الذي بيناه .

ولا يكون للمتملك الرجوع بالنقصان اذا تصرف في المعقود عليه بما يخرجه من ملكه ولا عند رضاه بالعيب .

وتقدير نقصان العيب يكون بتقويم المعقود عليه سليما من العيب وقت العقد ومعيبا وقته ثم يؤخذ الفرق بين القيمتين وينسب الى قيمته سليما ، وبقدر هذه النسبة ينقص الثمن ، وبه يرجع على المملك . فلو قوم المعقود عليه بـ ١٠٠٠ دينار ومعيبا بـ ٨٠٠ دينار فالفرق ٢٠٠ دينار ، ونسبة هذا الفرق الى الالف تساوي $\frac{١}{٥}$ ، فاذا كان المعقود عليه بيع بـ ٦٠٠ دينار رجع على المملك بخمس الـ ٦٠٠ أي بـ ١٢٠ دينارا .

٤٦٤ ـ وراثة خيار العيب :

وخيار العيب يورث ، فاذا مات من له هذا الخيار قبل أن يختار فسخ العقد أو امضاءه قام وارثه مقامه في ذلك ، ولا خلاف في هذا بين الفقهاء ، الا أن الحنفية يقولون ان هذا الحق يثبت للوارث ابتداء ، وغيرهم يقولون يثبت للوارث بحكم الوراثة لانه حق مالي ، ولا يترتب على هذا الخلاف نتيجة عملية[٢] .

(١و٢) منهاج الصالحين للمجتهد السيد محسن الحكيم ج٢ ص٣٢ ، الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص١٣٦ .

الفصل السابع

مدى سلطان الارادة

في انشاء العقود والشروط

٤٦٥ ـ تمهيد :

عرفنا مما تقدم ان العقود وسائر التصرفات القولية تنشأ بارادة العاقدين فاذا ما تم العقد ترتبت عليه آثاره الشرعية • ولكن ثبوت هذه الآثار يكون بحكم الشارع ، أي أن الارادة هي التي تنشيء العقد ، ثم ان الشارع هو الذي يرتب على كل عقد آثارا معينة • ولهذا يقول الفقهاء : ان العقود أسباب جعلية شرعية • أي ان الشارع هو الذي جعل العقود أسبابا مفضية الى آثارها ، ولولا هذا الجعل من الشارع لما كانت هذه العقود أسبابا لآثارها • وفي هذا المعنى يقول الامام ابن تيمية : « ان الاحكام الثابتة بأفعالنا ، كالملك الثابت بالبيع ، وملك البضع الثابت بالنكاح ، نحن أحدثنا أسباب تلك الاحكام ، والشارع أثبت الحكم لثبوت سببه منا ، لم نثبته ابتداء »[1] • وهذا المعنى لا يختلف فيه الفقهاء من حيث الجملة ، ولكنهم يختلفون فيما وراء ذلك • يختلفون في مدى حرية الانسان في انشاء العقود والشروط المتصلة بها • ذلك ان الشارع نص على بعض العقود ، وجعلها أسبابا مفضية لآثارها كما قلنا ، فهل يعتبر هذا التنصيص على بعض العقود مانعا من انشاء غيرها من العقود ؟ ثم ان آثار العقود عينها وحددها الشارع بالنسبة لكل عقد ، والشروط من شأنها أن تزيد أو تنقص من هذه الآثار لمصلحة هذا العاقد أو ذاك[2] ، فهل يملك العاقد تعديل هذه الآثار بما يشترطه من شروط ؟ ، أم لا يستطيع هذا باعتبار أنَ تحديد الشارع لهذه الآثار يعني

---

(١) فتاوى ابن تيمية ، ج٣ ص٣٣٥ •

(٢) مثل أن يبيع الانسان سيارة لآخر ويشترط عليه أن يستعملها لمدة اسبوع •

وجوب ترتيبها وعـــدم امكان تغييرها أو تعديلها بارادة الانسان ؟ هـــذا ما اختلف فيه الفقهاء ، فمنهم المقيدون الذين يريدون النص الصريح عـلى اباحة العقد أو الشـرط ليقولوا بالجـــواز ، ومنهم الموسـعون الذين لا يشترطون النص الصريح على الاباحة ، بل يكتفون بعدم وجود النص على تحريم العقد أو الشرط ليقولوا بالجواز ، ومنهم المتوسطون الذين بين هؤلاء وأولئك . ونعرض فيما يلي هذه الآراء بشيء من الايجاز .

٤٦٦ ــ أولا ــ رأي المضيقين :

وهؤلاء يقيدون ارادة الانسان ويغلونها ويضيقون عليه المجال في باب العقود والشروط.لان الاصل الذي أصلوه هو : تحريم كل عقد أو شرط الا ما ورد الشرع باجازته . وهؤلاء فقهاء المذهب الظاهري ، « فلم يصححوا عقدا ولا شرطا الا ما ثبت جوازه بنص أو اجماع ، واذا لـم يثبت جوازه أبطلوه »[١] . فارادة الانسان ، على هـــذا الرأي ، لا تنشيء من العقـود والشروط الا ما نص الشارع على اباحته ، أما ما وراء ذلك فهي لا تملك انشاءه ، وان فعلته كان باطلا .

٤٦٧ ــ أدلة هذا الرأي :

استدل أهل الظاهر بجملة أدلة ، منها :

آ ــ انشاء العقود والشروط التي لم يشرعها الاسلام تكون من باب التعدي لحدود الله والزيادة في دينه ، وهذا لا يجوز لان الله يقول : « ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون » وقال : « اليوم أكملت لكم دينكم »[٢].

ب ــ دلت السنة على المنع من انشاء أي عقد أو شرط لم يرد الشرع بجوازه ، من ذلك الحديث : « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » . ومن يعقد عقدا أو شرطا لم يرد به النص الشرعي يكون خارجا عن أمـر الشـرع فيكون باطلا[٣] . وفي حديث آخـر : « ما بال اناس يشترطون

(١) فتاوى ابن تيمية ج٣ ص٣٢٣ .
(٢) فتاوى ابن تيمية ج٣ ص٣٢٦ .
(٣) الاحكام في اصول الاحكام ج٥ ص٣٢ .

شروطا ليست في كتاب الله تعالى ، من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له وان اشترط مائة شرط ، شرط الله تعالى أحق وأوثق »[1] . فهذا الحديث صريح في تأييد ما ذهبنا اليه ، فكل شرط لم يرد به نص في الكتاب أو في السنة أو في الاجماع ـ لدلالة الكتاب والسنة على حجية الاجماع ـ فهو شرط باطل لا يجوز اشتراطه ، وتقصر عنه ارادة الانسان[2] .

٤٦٨ ـ ثانيا : رأي الموسعين :

وأصحاب هذا الرأي فريق من الحنابلة وعلى رأسهم الامام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم . وهؤلاء يطلقون ارادة الانسان في العقود والشروط ويعطونه حرية واسعة في هذا الباب ، ولا يقيدونه ويضيقون عليه المجال كما يفعل أهل الظاهر . ذلك ، ان الاصل ، عند الموسعين ، في العقود والشروط الصحة والجواز ، فلا يحرم ويبطل منها الا ما دل على تحريمه وابطاله نص في الكتاب أو في السنة أو اجماع صحيح أو قياس معتبر[3] . فهؤلاء يختلفون مع أصحاب الرأي الاول اختلافا أساسيا ، فلا يشترطون النص على اباحة العقد أو الشرط كما يشترط المضيقون ، وانما يشترطون فقط ان لا يوجد نص بتحريم هذا العقد أو الشرط ، فان لم يوجد مثل هذا النص المحرم كان للانسان مطلق الحرية في انشاء ما يريد من عقود أو شروط . وعلى هذا الاساس لا يجوز الشرط على ان الولاء لغير المعتق لمخالفة هذا الشرط للحديث الصحيح الذي جاء فيه : الولاء لمن اعتق[4] . ولا يجوز الجمع بين صفقتين في عقد واحد كاجراء عقد القرض بشرط أن يشتري المقترض من المقرض هذا الشيء[5] . ولا يجوز البيع بشرط

---

(١) تيسير الوصول ج١ ص٦٥ .

(٢) فتاوى ابن تيمية ج٣ ص٣٢٥ .

(٣) فتاوى ابن تيمية ج٣ ص٣٢٩ وما بعدها ، ونظرية العقد لابن تيمية ص١٥ ـ ١٦ .

(٤) تيسير الوصول ج١ ص٦٥ .

(٥) كشاف القناع ج٣ ص٦٤ .

التسليف[1] ونحو ذلك مما ورد النص بالنهي عنه • وما عدا هـذا يجوز للعاقد اشتراطه ، كأن تشترط المرأة على زوجها في عقد النكاح أن لا يخرجها من بلدها أو أن لا يتزوج عليها • فاذا أخل بالشرط كان لها أن تفسخ عقد النكاح • وكذا يجوز للبائع أن يشترط انتفاعه بالمبيع مدة معينة كسكنى الدار المبيعة لمدة سنة •

وهذا الرأي – رأي الموسعين – هو الارجح للادلة التي ساقوها لتأييد رأيهم ، والتي نذكر أهمها في الفقرة التالية •

٤٦٩ – أدلة رأي الموسعين[2] :

آ – قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » « وأوفوا بالعهد ان العهد كان مسؤلا » « وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها •• » فقد أمر الله تعالى بالوفاء بالعقود وهذا عام ، وكذلك أمرنا بالوفاء بعهد الله وبالعهد وقد دخل في ذلك ما عقده المرء على نفسه وان لم يكن الله قد أمر بنفس ذلك المعهود عليه قبل العهد كالنذر والبيع ، انما أمر بالوفاء به • والسنة نهت عن الغدر وعدم الوفاء بالعهد ، من ذلك الحديث الذي عدد خصال المنافق ومنها : واذا عاهد غدر • وفي الحديث : « أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج » فدل هذا الحديث عن استحقاق الشروط الوفاء وان شروط النكاح أحق بالوفاء من غيرها • وفي حديث آخر : « ثلاثة أنا حصمهم يوم القيامة : رجل أعطى بي ثم غدر ، ورجل باع حرا ثم أكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجره » • فهذا الحديث فيه ذم للغادر ، فيدخل في مضمونه كل من شرط شرطا ولم يف به • ومن هذا كله يتضح ان الكتاب والسنة يأمران بالوفاء بالعهود والشروط والمواثيق والعقود وينهى عن نقضها وعدم الوفاء بها •

---

(١) جاء في تيسير الوصول الى جامع الاصول من حديث الرسول ج١ ص٦٣ : « وعن مالك رحمه الله ، انه بلغه ان رسول الله (ص) نهى عن بيع وسلف • أخرجه مالك ، وقال : وتفسير ذلك أن يقول الرجل للرجل آخذ سلعتك بكذا وكذا على أن تسلفني كذا وكذا ، فان عقدا بيعهما على هذا فهو غير جائز » •

(٢) فتاوى ابن تيمية ج٣ ص٣٢٩ وما بعدها •

فلو كان الاصل في العقود والشروط الحظر والحرمة الا ما أباحه الشارع لم يجز أن يأمر بها مطلقا ويذم من نقضها وغدر بها مطلقا • وهذا واضح ، فكما أن قتل النفس لما كان الاصل فيه التحريم الا ما أباحه الشارع أو أوجبه لم يجز أن يأمر بقتل النفوس ويحمل على القدر المباح ، بخلاف ما كان جنسه واجبا فانه يأمر به مطلقا وان كان منه ما لايجوز لتخلف بعض شروطه، كالصلاة مثلا يؤمر بها مطلقا وان كان ينهى عنها اذا كانت بغير طهارة • وكذا الصدق يؤمر به وان كان يحرم أحيانا لمانع فيجب السكوت أو التعريض • وعلى هذا اذا جاء الكتاب والسنة بالامر بالوفاء بالعقود والشروط كان معنى ذلك ان الاصل صحة العقود والشروط •

ب ـ وفي الحديث عن النبي (ص) : « الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما ، والمسلمون على شروطهم الا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما »[1] • فالمشترط ليس له أن يبيح ما حرمه الله ولا يحرم ما أباحه الله ولا يسقط ما أوجبه الله ، وانما له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجبا بدون الشرط • فالغرض من الشرط وجوب ما لم يكن واجبا ولا حراما • ولا يعني هذا المقصود من الشرط ابطال حكم الشرع ومناقضته لان عدم الايجاب ليس نفيا للايجاب حتى يكون المشترط مناقضا للشرع •

ج ـ والحديث الذي فيه : «من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل .. الخ » • فهذا البطلان انما يكون اذا خالف ذلك الشرط كتاب الله وشرطه بأن يكون المشروط مما حرم الله تعالى ، وأما اذا لم يكن المشروط مما حرمه الله فلم يخالف كتاب الله وشرطه حتى يقال كتاب الله أحق وشرط الله أوثق • فيكون ، اذن ، معنى الحديث : من اشترط أمرا ليس في حكم الله أو في كتابه بواسطة أو بغير واسطة فهو باطل لانه لا بد أن يكون

---

(١) هذا الحديث ضعيف ، ولكنه روي من طرق متعددة يقوي بعضها بعضا ، أنظر نيل الاوطار للشوكاني ج٥ ص٢٥٥ •
ويمكن الاستدلال أيضا بالحديث الذي جاء فيه ان النبي (ص) اشترى من جابر جملا ، واستثنى جابر حملانه الى المدينة أي الحمل عليه الى المدينة : نيل الاوطار ج٥ ص١٧٨ •

المشروط مما يباح فعله بدون الشرط حتى يصح اشتراطه ويجب بالشرط .
والمشروط يكون مباحا اذا لم يكن في كتاب الله نفيه صراحة ، لان كتاب الله أوجب الوفاء بالشروط عموما ، ووجوب الوفاء بها يقتضي أن تكون مباحة الا اذا قام الدليل الخاص على تحريم شرط معين . فيكون اشتراط ما لم يحرمه الشارع بخصوصه مباحا بعموم الكتاب فيكون هذا الشرط في كتاب الله بهذا الاعتبار ، فلا يكون اشتراطه مخالفا للكتاب .

د - العقود والشروط من الافعال العادية ، والاصل فيها عدم التحريم حتى يدل دليل على التحريم ، واذا لم تكن حراما كانت مباحة .

هـ - ليس في الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط الا ما ثبت حله بعينه ، بل في الشرع ما يدل على عكس هذا كما بينا .

و - العقود في المعاملات من العادات يفعلها المسلم وغير المسلم ، فليست هي من العبادات التي تحتاج الى شرع خاص بها .

ز - الاصل في العقود التراضي ، قال تعالى : « الا أن تكون تجارة عن تراضي منكم » فلم يشترط في التجارة الا التراضي وذلك يقتضي أن التراضي هو المبيح للتجارة . فاذا كان الامر كذلك ، فاذا تراضى المتعاقدان ثبت حل ما تراضيا عليه الا أن يتضمن ما حرمه الله ورسوله كالتجارة في الخمر ونحو ذلك .

٤٧٠ - ثالثا - رأي المتوسطين :

وهؤلاء يتوسطون بين الرأي الاول والثاني ، فلا يشترطون لاباحة العقد والشرط ورود نص خاص بالاباحة كما اشترط أصحاب الرأي الاول ، ولا يجعلون الاصل في العقود والشروط الاباحة كما ذهب أصحاب الرأي الثاني ، بل يميلون الى أن الاصل فيها التحريم واستثنوا بعضها ولكنهم توسعوا في الاستثناء[١] . ومن أصحاب هذا الرأي الحنفية ، ولهم في الشروط وما يصح فيها وما يبطل تقسيم مضبوط نرى من الخير ذكره اجمالا . فالشرط عندهم اما أن يكون صحيحا أو فاسدا أو باطلا[٢] ، وفيما

---

(١) محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص٢٩٥ .
(٢) الدكتور محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ، ص٤٢٠ وما بعدها .

يلي تعريف بكل نوع .

أولا ـ الشرط الصحيح :

وهو ما كان موافقا لمقتضى العقد كما لو شرط البائع على المشتري أن يسلمه الثمن قبل أن يسلمه المبيع . أو كان الشرط مؤكدا لمقتضى العقد كاشتراط البائع أن يقدم المشتري كفيلا بالثمن عند تأجيله . أو كان الشرط مأذونا به من قبل الشرع وهو ما ورد به نص خاص ، كشرط الخيار ، واشتراط خيار الرؤية . أو كان الشرط مما جرى به العرف مثل اشتراط المشتري على البائع تعهد اصلاح ما اشتراه مدة معينة اذا جرى العرف بذلك كما لو اشترى ساعة أو سيارة وكان العرف يقضي باعتبار هذا الشرط[1] .

ثانيا ـ الشرط الفاسد :

هو ما لم يكن واحدا من أنواع الشرط الصحيح التي مر ذكرها ، وكان فيه منفعة لاحد العاقدين كمن يبيع داره ويشترط على المشتري سكناها مدة سنة . وهذا الشرط الفاسد يفسد عقود المعاوضات المالية كالبيع والاجارة ، ويكون لغوا في العقود الاخرى كالتبرعات والتوثيقات والزواج فلا يفسدها . والعلة في هذا التفريق ان المعاوضات يقصد بها التعادل بين الطرفين ولهذا يشترط كل منهما ما يراه من الشروط محققا لهذا المقصود ، فاذا فات الشرط اختل التعادل المقصود فيفوت الرضا بالعقد ، والرضا أساس صحة العقد فيفسد . أما في العقود الاخرى فليس فيها معاوضة مالية تستلزم التعادل حتى نخشى فوات هذا التعادل اذا الغينا الشرط وصححنا العقد .

ثالثا ـ الشرط الباطل :

هو ما ليس فيه من أوصاف الشرط الصحيح ، وليس فيه منفعة لاحد المتعاقدين ، كمن يبيع داره ويشترط على المشتري أن لا يسكنها ، أو يبيع أرضه ويشترط على المشتري أن لا يزرعها . وحكم هذا الشرط انه لغو فيسقط وحده ويبقى العقد صحيحا .

---

(١) واعتبار الاحناف العرف دليلا شرعيا ما لم يكن مخالفا لنص الشارع ، وتصحيحهم الشروط بناء على ذلك جعلهم يوسعون كثيرا على العاقد فيما يشترطه من شروط وما يعقده من عقود .

الباب الثالث

في الجرائم والعقوبات

٤٧١ - تمهيد :

القانون الجنائي هو القانون الذي يبين الجرائم المعاقب عليها وقدر هذه العقوبة . فهو يحدد علاقة الفرد بالدولة من ناحية الافعال المنهي عنها والتي اذا ارتكبها الفرد اعتبر خارجا على المجتمع مستحقا العقاب[١] . وهذا القانون يعتبر من فروع القانون العام[٢] . وفي الشريعة الاسلامية أحكام خاصة بالجرائم والعقوبات تكون ما يمكن تسميته بالقانون الجنائي الاسلامي، فهو اذن ، في الاصطلاح القانوني من فروع القانون العام لا الخاص . ولا ينتقض قولنا هذا بأن عقوبة القصاص في الشريعة الاسلامية جعلت في القتل العمد من حق أولياء المجني عليه ، مما يدل على ان القانون الجنائي الاسلامي من فروع القانون الخاص . لا يقال هذا ، لان القصاص وان كان من حق الفرد الا ان فيه حق الله ، أي حق المجتمع ، ولهذا نص بعض الفقهاء على ان أولياء المقتول اذا عفوا عن القاتل وتنازلوا عن حقهم في القصاص ، فان الدولة لها أن تعاقبه بالحبس ونحوه[٣] . وهذا يدل على ان الاحكام الجنائية في الشرع الاسلامي تنظم علاقة الافراد بالدولة من جهة الافعال المنهي عنها والعقوبات المقدرة لها . وهذا لا يمنع من أن يكون حق الفرد - في بعض

---

(١) اصول القانون للدكتور السنهوري والدكتور حشمت أبي ستيت ص١٨٦ - ١٨٧ .

(٢) شرح قانون العقوبات البغدادي - القسم العام - للدكتور مصطفى كامل ص٤ - ٥ ، واصول القانون للسنهوري ص١٨٧ .

(٣) تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي ج٢ ص٢٥٩ .

الجرائم - هو الغالب ، وفي البعض الآخر حق الله - أي حق المجتمع - هو الغالب ، وللدولة في الحالتين أن تعاقب الجاني .

٤٧٢ - تعريف الجريمة :

لم يرد في قانون العقوبات البغدادي تعريف للجريمة ، وانما اكتفى ببيان أنواع الجرائم . والواقع ان معظم القوانين الجنائية الحديثة ، كالقانون المصري ، لم تعرف الجريمة ، ولكن بعض القانونين يعرف الجريمة بأنها « كل فعل أو امتناع عن فعل صادر من شخص ويقرر له القانون عقابا جنائيا »[١] .

وتعريف علماء الشريعة الاسلامية للجريمة يتلاقى مع تعريف القانونين لها . فالجريمة ، عند فقهاء الشريعة ، هي « محظورات شرعية زجر الله عنها بحد أو تعزير »[٢] . والمقصود بالمحظورات الامور الممنوعة ، ويشترط فيها أن تكون ممنوعة من قبل الشريعة الاسلامية . فان لم تكن محظورة من قبل الشرع الاسلامي لا تكون جرائم . كما ان المحظورات الشرعية يجب أن يكون لها عقاب في الشريعة الاسلامية حتى تعتبر جرائم شرعية . وعلى هذا يمكن أن يقال في تعريف الجريمة شرعا : بأنها فعل أو ترك نصت الشريعة الاسلامية على تحريمه والعقاب عليه[٣] .

٤٧٣ - أساس اعتبار الفعل جريمة :

وأساس اعتبار الفعل أو الترك جريمة في الشريعة الاسلامية يرجع الى ما في هذا الفعل أو الترك من ضرر بالمجتمع يتمثل بتهديد سلامته وأمنه واستقراره ونظامه وعقيدته ، وضرر بالافراد يتمثل بالاعتداء على مصالح الافراد التي تحرص الشريعة على ايجادها والمحافظة عليها . وهذه المصالح هي المتعلقة بالدين والنفس والعقل والنسل والعرض والمال . وجميع

---

(١) الدكتور مصطفى كامل ، المرجع السابق ، ص٣٥ - ٣٦ .
(٢) الماوردي ص١٢٧ .
(٣) التشريع الجنائي الاسلامي للمرحوم عبدالقادر عودة ج١ ص ٦٦ .

الجرائم الشرعية بلا استثناء فيها اعتداء على مصالح الافراد ، واضرار المجتمع. والقوانين الوضعية وان اتفقت مع الشريعة ، من حيث الجملة ، على ان أساس اعتبار الفعل جريمة هو ما في هذا الفعل من اضرار بمصالح الافراد والمجتمع ، الا انها تختلف مع الشريعة في نطاق هذا الاساس ومدى اتساعه والافكار التي وراء هذا الاساس . فالشريعة ، مثلا ، تهتم بالدين والاخلاق والعرض ، وحياطة العقل مما يفسده . وعلى هذا الاساس ، كان فيها عقوبة الردة على جريمة الارتداد عن الدين ، وعقوبة الزنا ، وعقوبة شرب الخمر، ولا وجود لمثل هذه العقوبات في القوانين الجنائية الوضعية[١] . وعلى هذا اذا وجدنا اختلافات بين الشريعة والقوانين الوضعية فيما يعتبر من الافعال جريمة أولا يعتبر فانما مرده الى مدى اعتبار هذا الفعل ضارا بمصالح الافراد والمجتمع والى تقدير هذه المصالح وتقييمها في ضوء الافكار والقيم في كل من الشريعة والقوانين الوضعية .

٤٧٤ - أساس تشريع العقاب والغرض منه :

تحرص الشريعة الاسلامية على حمل الناس على طاعة أوامرها ونواهيها طاعة اختيارية تنبعث من أعماق النفس . وتعتمد الشريعة في تحقيق هذه الطاعة الاختيارية على ايقاظ الشعور الديني في النفوس واثارة معاني الايمان في القلوب وتذكير الانسان باليوم الآخر « يوم تجد كل نفس ما عملت من خير محضرا وما عملت من سوء تود لو أن بينها وبينه أمدا بعيدا » ، وبيان ما في أوامرها ونواهيها من خير ومصلحة للناس في العاجل والآجل ... ولكن هذا كله لا يكفي لحمل الناس جميعا على طاعة أوامرها ونواهيها ، لانهم ليسوا سواء في يقظة الضمير الديني وعمق الايمان واستحضار اليوم الآخر .. كما ان من الناس ناسا تغلب عليهم نوازع الشر والهوى والشهوة والأثرة وجر المنافع ولو على حساب الاضرار بالآخرين .. ومن أجل هذا كله كان من اللازم اقتران المحظورات الشرعية بعقوبات دنيوية من شأنها

---

(١) أما عقوبة الزنا في القوانين الوضعية ، ومنها قانون العقوبات البغدادي ، فهي مقصورة على حالة معينة سنذكرها فيما بعد .

أن تخيف من يريد الشر وترهب من تسول له نفسه ارتكاب الجرائم فتردعه عن اقترافها وتمنعه من الاقتراب منها . فالعقوبة ، كرادع عن الجريمة ، تجد سندها في غريزة الخوف عند الانسان وفيما جبل عليه من حرص على كف الاذى عن نفسه . وعلى هذا ، اذا رأى الانسان في الجريمة نفعا له وهم بارتكابها فان شبح العقاب المرعب يردعه عنها ترجيحا لدفع أذى العقاب على ما يتصوره من منفعة له في الاجرام ... وحتى اذا طوعت له نفسه ارتكاب الجريمة فان ايقاع العقاب عليه يمنعه من العود اليها ، كما يزجر الآخرين عن ارتكابها لئلا يصيبهم ما أصابه .. ولهذا يقول بعض الفقهاء في عقوبات الحدود : « انها موانع قبل الفعل ، زواجر بعده »[1] ، أي ان العقوبات تمنع – عادة – من ارتكاب الجريمة ، وايقاعها بعد ارتكابها يمنع من العود اليها . فاذا ما انكفت النفوس عن الجرائم حفظت مصالح الافراد المتعلقة بالدين والنفس والعقل والنسل والعرض والمال ، وحفظت مصالح المجتمع وأمن الاختلال ونعم بالهدوء وبالاستقرار . وهذا هو الغرض الاول من تشريع العقاب ، وعلى أساسه جاءت العقوبة بقدر الجريمة « وجزاء سيئة سيئة مثلها » وعلى نحو تكفي للردع والزجر .

والغرض الثاني للعقوبات الشرعية اصلاح المجرم نفسه وتقويم اعوجاجه ، وقد أشار بعض الفقهاء الى هذا الغرض . فالامام الماوردي يقول ، وهو يتكلم عن عقوبات التعزير ، : « انه – أي التعزير – يوافق الحدود من وجه وهو انه تأديب واستصلاح وزجر يختلف بحسب اختلاف الذنب »[2]. فالعقوبات الشرعية ، اذن ، تهدف ، أيضا ، الى علاج المجرم واصلاحه . فهي من هذه الناحية من قبيل الرحمة بهم والاحسان اليهم . وفي هذا يقول ابن تيمية : « العقوبات الشرعية انما شرعت رحمة من الله تعالى بعباده ، فهي صادرة عن رحمة الله بالخلق وارادة الاحسان اليهم . ولهذا ينبغي لمن يعاقب الناس على ذنوبهم أن يقصد بذلك الاحسان اليهم والرحمة

---

(١) فتح القدير ج٤ ص١١٤ .
(٢) الاحكام السلطانية ص٢١٤ .

بهم كما يقصد الوالد تأديب ولده ، وكما يقصد الطبيب معالجة مريضه »[1].
ومن الواضح أن الطبيب يعالج مريضه بالدواء الذي يشفيه لا بالدواء الذي يشتهيه .. واذا كان البعض يرى في بعض العقوبات الشرعية قسوة وشدة ، فهذا لا يمنع من صلاح هذه العقوبات وقبولها ، كما لا يمنع من قبول الدواء الشافي كونه مرا مؤلما ... وحيث ان من أغراض العقوبة الشرعية اصلاح المجرم حسب الامكان ، فقد جاءت مبرأة من معاني الانتقام .. ومن مظاهر هذه البراءة منع الشريعة من المثلة عند الاقتصاص من القاتل . فقد جاء في الحديث الصحيح أن النبي (ص) نهى عن المثلة[2] . وحصر المسؤولية الجنائية بالجاني وحده دون غيره من قريب أو صديق ، قال تعالى : « ولا تزر وازرة وزر أخرى » .

ويخلص لنا مما تقدم ان العقوبة قامت على أساس ما في النفس من غريزة الخوف مما يؤذي ، ولغرض رعاية مصالح الافراد والمجتمع واصلاح المجرم جهد الامكان . وبناء على ذلك جعلت الشريعة العقوبة بقدر الجريمة ، وكافية للردع والزجر، خالية من معاني الظلم والانتقام. والعقوبات في القوانين الوضعية لا تبلغ مبلغ العقوبات الشرعية في حماية مصالح الافراد والمجتمع واصلاح الجاني ، ولا في مدى قدرتها على الردع والزجر ، والواقع خير شاهد على ما نقول ، فالجرائم في ظل العقوبات الوضعية في ازدياد ، والمجرمون يكثرون ولا ينقصون .

٤٧٥ - أنواع الجرائم :

الجرائم على اختلاف أنواعها يجمعها جامع واحد هو انها محظورات شرعية معاقب عليها . وقد قسمها الفقهاء الى ثلاثة أقسام بالنظر الى نوع عقوبتها . وهذه الاقسام هي : جرائم الحدود ، وجرائم القصاص والديات ،

---

(١) الاختيارات لابن تيمية ص١٧١ .

(٢) تيسير الوصول الى جامع الاصول ، لابن الديبع الشيباني ج٤ ص٧٦ .

وجرائم التعزير[1] ٠

٤٧٦ ـ أولا ـ جرائم الحدود :

وهي الزنا ، والقذف ، وشرب الخمر ، والسرقة ، والحرابة ، أي قطع الطريق ، والردة[2] ٠

والحد في اللغة المنع ، ومنه سمي البواب حدادا لمنعه الناس من الدخول ٠ وفي الاصطلاح الشرعي عقوبة مقدرة وجبت حقا لله تعالى[3] ٠ ومعنى انها مقدرة أي ان الشارع هو الذي قدرها فلم يترك لغيره تحديدها ٠ ومنعى انها وجبت حقا لله تعالى ، أي أن هذه العقوبة وجبت لمصالح عموم الناس ولدفع الضرر والفساد عنهم ٠ فكل جريمة يرجع ضررها وفسادها الى العامة ومنفعة عقوبتها تعود اليهم ، فان العقاب المقرر لها يكون حقا لله تعالى تأكيدا لدفع الفساد والضرر عنهم وتحقيقا للنفع لهم ، ولاعلام المخاطبين بلزوم اقامة هذه العقوبة وعدم التفريط بها وضرورة رعايتها لان ما يضاف الى الله باعتباره حقا له يستلزم هذه الرعاية والعناية ٠ وبهذا المعنى لكلمة الحد لا يعتبر القصاص حدا لانه حق العبد لا حق الله ، وكذلك لا يسمى التعزير حدا لعدم تقديره من قبل الشرع ابتداء[4] ٠ الا أن بعض الفقهاء يفسر معنى الحد بأنه العقوبة المقدرة من قبل الشارع بغض النظر عن كونها وجبت حقا لله أو للعبد ٠ وعلى هذا التفسير يسمى القصاص حدا أيضا[5] ٠

---

(١) وقانون العقوبات البغدادي قسم الجرائم الى ثلاثة أقسام : جنايات ، وجنح ، ومخالفات ٠ وحدد كل قسم على أساس نوع العقوبة ومقدارها ، أنظر المواد من ٦ ـ ٨ من هذا القانون ٠ وكذلك فعل قانون العقوبات المصري ، أنظر المواد من ١٠ ـ ١٢ من هذا القانون ٠

(٢) التشريع الجنائي الاسلامي للمرحوم عبدالقادر عودة ج١ ص٧٩ وانظر البدائع للكاساني ج٧ ص٣٣ ، وحاشية ابن عابدين ج٢ ص١٩٣ ٠

(٣) الكاساني ج٧ ص٥٦ ، الهداية ج٤ ص١١٢ ٠

(٤) السياسة الشرعية لابن تيمية ص٦٦ ، والكاساني ج٧ ص٥٦ ٠

(٥) الماوردي ، ص٢١٣ ـ ٢١٥ ، الاحكام السلطانية لابي يعلى الحنبلي ص٢٤٤ ـ ٢٤٧ ، فتح القدير ج٤ ص١١٣ ٠

ونتكلم فيما يلي عن جرائم الحدود بايجاز تام للتعريف بها وبعقوباتها :

٤٧٧ ـ آ ـ الزنا :

وهي جريمة قبيحة من جرائم الاعتداء على الاعراض ، وقد ورد النص الصريح بتحريمها ، فقد جاء في القرآن الكريم : « ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة وساء سبيلا »[١] . وعرفها الفقهاء بأنها : « كل وطء وقع على غير نكاح ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين »[٢] . وعقوبة هذه الجريمة الجلد ، والاصل فيه قوله تعالى : « الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ... »[٣] . ولا خلاف بين الفقهاء في وجوب هذه العقوبة على الزاني اذا لم يكن محصنا[٤] . أما اذا كان محصنا فعقوبته الرجم حتى الموت ، وقد ثبتت هذه العقوبة بالسنة النبوية[٥] . وقانون العقوبات المصري ، لم يعتبر كل وطء محرم زنا معاقب عليه ، وانما اعتبره زنا اذا حصل من أحد الزوجين ، ولا يعاقب عليه الا اذا حرك الدعوى الجنائية الزوج الآخر . أما فيما عدا هذه الحالة فلا يعتبره زنا وانما يعتبره وقاعا أو هتك عرض . ولا يعاقب على الوقاع أو هتك العرض اذا وقع بالتراضي ، وانما يعاقب عليه اذا وقع باكراه أو اذا كان رضا المفعول به معيبا بأن كان دون الثامنة عشرة من عمره[٦] ، وقانون العقوبات البغدادي سلك مسلك القانون المصري[٧] .

وأساس الاختلاف بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية ، ومنها القانونين المصري والعراقي ، هو أن هذه القوانين تعتبر الزنا من المسائل

---

(١) سورة الاسراء ، الاية ٣٢ .

(٢) بداية المجتهد ج٢ ص٣٦٢ ، وانظر تعريفات أخرى للزنا في البدائع للكاساني ج٧ ص٣٣ ، وللماوردي ص٢١٥ .

(٣) سورة النور ، الاية ٢

(٤) المبسوط ج٩ ص٣٦ ، المغني ج٨ ص١٦٦ ـ ١٦٧ .

(٥) بداية المجتهد ج٢ ص٣٦٣ ، البحر الزخار ج٥ ص١٤٠ ـ ١٤١

(٦) المواد ٢٦٧ ـ ٢٧٩ من قانون العقوبات المصري . وانظر التشريع الجنائي الاسلامي للمرحوم عبدالقادر عودة ج٢ ص٣٤٦ .

(٧) المواد من ٢٣٢ ـ ٢٤٠ من قانون العقوبات البغدادي .

الشخصية التي لا تمس مصلحة الجماعة ، فما دامت هذه الجريمة قد تمت بالتراضي فان القانون لا يهتم بها ولا يعتبرها جريمة الا اذا كان أحد طرفي الجريمة زوجا فانه يعاقب على هذه الجريمة في هـذه الحالة لحق الزوج الآخر وبشرط تحريك الدعوى من قبله . أما الشريعة الاسلامية فانها تعتبر الزنا بجميع أنواعه من الجرائم المضرة بمصلحة الجماعة لانها اعتداء عـلى كيان الاسرة التي هي أساس المجتمع ، ولهذا اعتبرت العقاب فيها لحق الله ، أي لحق المجتمع . ومسلك الشريعة أقوم وأسد ، فليس من المقبول اعتبار جريمة الزنا من المسائل الشخصية التي لا علاقة لها بالمجتمع ، لانها تؤثـر في كيان الاسرة وتهزها هزا عنيفا وتفكك روابطها وتلوث النسل وتعتدي على الاعراض . وعلى أساس نظرة الشريعة لهذه الجريمة جاءت العقوبة مؤثرة كافية للردع والزجر .

٤٧٨ ـ ب ـ القذف :

القذف شرعا الرمي بالزنا ، أي نسـبة الشخص الى الزنـا بشروط معينة[١] . وهو محرم بنص القرآن ويوجب الحـد وهو ثمانون جلدة اذا ما توافرت شروط الجريمة ، قال تعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون »[٢] . ولا وجود لهذه العقوبة في قانون العقوبات البغدادي ولا في قانون العقوبات المصري ، وانما فيهما النص على جريمة القذف وهـي أوسع مدلولا من جريمة القذف في الشريعة ، اذ تشتمل اسناد أمور لـو كانت صادقة لاوجبت عقاب من أسندت اليه ، ويشترط أن تتم بطرق معينة ، وعقوبتها تكون بالحبس[٣] .

---

(١) الدر المختار ج٣ ص٢٣٠ ، الكاساني ج٧ ص٤٠ ، المغني ج٨ ص ٢٧٥ .

(٢) سورة النور ، الاية ٤

(٣) المادة ٣٠٦ من قانون العقوبات المصري ، والمادة ٢٥٢ مـن قانون العقوبات البغدادي .

٤٧٩ - ج - شرب الخمر :

وهي جريمة في نظر الشريعة الاسلامية لافسادها للعقل ، وما يترتب على ذلك من ضياع المال وارتكاب الجرائم . وقد حرمت الشريعة الاسلامية الخمر ، ففي القرآن الكريم : « يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون » . وفي السنة النبوية : « كل مسكر خمر ، وكل خمر حرام » . وعقوبة هذه الجريمة ثبت بالسنة وهي جلد الشارب أربعين جلدة ، ويجوز الزيادة عليها الى الثمانين باعتبار أن هذه الزيادة تعزير يجوز للامام فعله[١] .

٤٨٠ - د - السرقة :

السرقة في الاصطلاح الشرعي أخذ مال الغير خفية ظلما من غير تأويل ولا شبهة[٢] . وهي محرمة بالنص وعقوبتها قطع اليد اذا توافرت شروط الجريمة . قال تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاءً بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم »[٣] .

وقد نص كل من قانون العقوبات البغدادي والمصري على جريمة السرقة[٤] وجعل العقوبة الاشغال الشاقة المؤبدة أو الموقتة أو الحبس ، حسب الاحوال وظروف الجريمة وتعدد الجناة وانفرادهم[٥] .

٤٨١ - هـ - قطع الطريق :

وهذه الجريمة من الجرائم الخطيرة لما فيها من المجاهرة بالاجرام وترويع الناس وأخذ أموالهم بالقوة والقهر ، وما يترتب على ذلك كله من

---

(١) المغني ج١٠ ص٣٢٩ ، وفتح القدير ج٤ ص١٨٥ .

(٢) العناية على الهداية ج٤ ص٢١٩ ، بداية المجتهد ج٢ ص٣٧٢ ، النضير ج٤ ص٢٢٨ .

(٣) سورة المائدة ج٦ ، الاية ٣٨ .

(٤) المادة ٣١١ من قانون العقوبات المصري ، والمادة ٢٥٨ من قانون العقوبات البغدادي .

(٥) المواد ٣٢٥ - ٣٢٧ ، ٣٣٦ - ٣٤٣ من قانون العقوبات المصري والمواد ٢٧٠ - ٢٧٤ ، ٢٧٧ - ٢٧٩ من قانون العقوبات البغدادي .

اخلال خطير بأمن الدولة[1] . وقد عرف الفقهاء هذه الجريمة بأنها الخروج على المارة لاخذ المال مجاهرة بالقوة والقهر على وجه يمتنع الناس عن المرور وينقطع الطريق ، سواء أكان مرتكب هذه الجريمة فردا أو أكثر ، بسلاح أو بغيره ، وسموا مرتكب هذه الجريمة بالمحارب[2] . وقد نص القرآن الكريم على تحريم هذه الجريمة وبين عقوبتها . قال تعالى : « انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الارض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم»[3] . وعقوبة قاطع الطريق أن يقتل أو يصلب اذا قتل وأخذ المال . ويقتل بلا صلب اذا قتل ولم يأخذ مالا . وتقطع يده ورجله من خلاف اذا أخذ المال ولم يقتل . وينفى من الارض اذا أخاف السبيل فقط فلم يقتل ولم يأخذ مالا[4] . والمراد بالنفي حبس الجاني في غير بلده[5] .

٤٨٢ - و - الردة :

المرتد في اللغة الراجع مطلقا ، وفي الشرع الراجع عن دين الاسلام[6] . والردة قد تكون باللفظ بأن يجري المسلم على لسانه كلمة الكفر باختياره[7] . وتكون الردة أيضا بالافعال كأن يأتي المسلم فعلا يدل على استخفافه بالدين كالصلاة بلا وضوء عمدا ، والقاء القرآن الكريم في

---

(١) تقابل هذه الجريمة ، الجريمة المنصوص عليها في المادة ٢٦٠ من قانون العقوبات البغدادي ، والمادة ٣١٥ من قانون العقوبات المصري .

(٢) شرح الخرشي ج٨ ص١٠٤ ، الكاساني ج٧ ص٩١ - ٩٢ .

(٣) سورة المائدة ، الايتان ٣٣ ، ٣٤ .

(٤) السياسة الشرعية لابن تيمية ص٨٢ - ٨٣ ، المغني ج٨ ص ٢٨٨ ، الكاساني ج٧ ص٩٣ ، فتح القدير ج٧ ص٢٦٨ ، بداية المجتهد ج٢ ص٣٨٠ ، شرح الخرشي ج٨ ص١٠٥ - ١٠٦ .

(٥) بداية المجتهد ج٢ ص٣٨٠ ، السياسة الشرعية لابن تيمية ص ٨٣ .

(٦) حاشية ابن عابدين ، رد المحتار ، ج٣ ص٣٩٦ .

(٧) الفتاوى الهندية ج٢ ص٢٥٣ ، المغني ج٨ ص١٢٣ .

قدر عمدا[١] . وحكم المرتد امهاله ثلاثة أيام وعرض الاسلام عليـــه لعله يرجع عن ردتـــه ، فان أبى قتل[٢] . فعقوبـة المرتـد قتله اذا أصر عـلى الردة ، وقد روي عن النبي (ص) أنه قال : « من بدل دينــه فاقتلوه » ، وعليه اجماع الصحابة[٣] . وهذه العقوبة لا نظير لها في القوانين العقابيـة الوضعية ، وقد بينا حكمتها وسبب هذه العقوبة باعتبارها اخلالا بالتزام المسلم واستخفافه بنظام الدولة التي اتخذت الاسلام أساسا لكيانها ونظامها[٤] .

٤٨٣ ـ ثانيا ـ جرائم القصاص والديات :

وهذه هي جرائم الاعتداء على النفس بازهاقها أي جرائم القتل ، أو على ما دون النفس كالجروح وقطع الاطراف . ويسمي الفقهاء هذه الجرائم بالجنايات على النفس أو على ما دون النفس[٥] . وعقوبة هذه الجرائم اما القصاص ، واما الدية .

آ ـ القصاص : ويجب في القتل العمد لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى ... »[٦] . ولقول النبي (ص) : العمد قود[٧] . ويجب القصاص أيضا في الجرائم على ما دون النفس اذا توافرت شروطه ومنها أن تكون هذه الجرائم عمديـة ويمكن اجـراء القصاص . وانما يمكن اجراء القصاص اذا تحققت المماثلة بين محل الجريمة وبين ما يقابلها في الجاني المراد الاقتصاص منه في هذه المحل ، مع امكان استيفاء

---

(١) رد المحتار ج٣ ص٣٩٢ ، شرح الازهار ج٤ ص٥٧٦ ـ ٥٧٧ ، شرح النيل ج١٠ ص٤٢٥ .

(٢) المغني ج٨ ص١٢٣ ـ ١٢٥ ، الفتاوى الهندية ج٢ ص٢٥٧ .

(٣) بداية المجتهد ج٢ ص٣٨٣ ، الجصاص ج٢ ص٢٨٦ ، نيـل الاوطار ج٧ ص٩٨ ـ ١٠٠ ، التعزير للدكتور عبدالعزيز عامر ص١٧ .

(٤) أنظر ص٥٢ من هذه المذكرات .

(٥) الكاساني ج٧ ص٢٣٣ .

(٦) سورة البقرة ، الاية ١٧٨

(٧) سنن أبي داود ج٦ ص٣٤٤ ، وسنن النسائي ج٨ ص٤٠ ، وسنن ابن ماجة ج٢ ص١٤٠ .

هذا المثل[١] . وثبت القصاص فيما دون النفس بالكتاب والسنة[٢] .

ب ـ الدية : اسم للمال الذي هو بدل النفس[٣] ، أي التعويض المالي الذي يجب دفعه الى أهل المقتول . أما التعويض الواجب دفعه الى المجني عليه في جرائم الاعتداء على ما دون النفس كالجرح فان هذا التعويض يسمى « الارش »[٤] . وقد يطلق اسم الدية على الارش أيضا فيقال دية اليد كذا ، وبهذا الاطلاق عرف بعض الفقهاء الدية بأنها المال الواجب بالجناية على نفس أو طرف ، أي على ما دون النفس[٥] . هذا ، والدية في باب القتل أي دية النفس مقدرة في الشريعة الاسلامية ، ويختلف مقدارها باختلاف نوع المال . فهي ـ اذا كان القتيل حرا مسلما ـ من الابل مائة ومن الذهب ألف دينار ، ومن الفضة عشرة آلاف درهم ، ومن البقر مائتا بقرة ، ومن الغنم ألفا شاة[٦] . وأما الارش فمنه ما قدرته الشريعة وهو الارش المقدر ، كما في قطع اليد اذ أن أرشها هو نصف الدية في النفس ، وفي كسر السن قدر الارش بنصف عشر الدية . أما الارش غير المقدر فيكون في بعض الجرائم على ما دون النفس ويقدره القاضي حسب قاعدة معينة[٧] .

٤٨٣ ـ والذي عليه العمل في العراق الآن في جرائم القتل العمد ، اعدام الجاني في بعض الحالات ، فقد نص قانون العقوبات البغدادي على عقوبة الاعدام في جرائم القتل العمد مع سبق الاصرار ، وفي القتل العمد

---

(١) الكاساني ج٧ ص٢٩٧ ، الدر المختار ج٥ ص٤٨٥ .

(٢) تفسير القرطبي ج٦ ص١٩١ وما بعدها ، المغني ج٧ ص٧٠٢ وما بعدها .

(٣) الدر المختار ورد المحتار ج٥ ص٥٠٤ .

(٤) اللباب شرح الكتاب للميداني ج٢ ص٤٤ .

(٥) حاشية سعدي جلبي على الهداية والعناية ج٨ ص٣٠٠ .

(٦) الكاساني ج٧ ص٢٥٤ ، الدر المختار ورد المحتار ج٥ ص٥٠٤ ـ ٥٠٥ . ويراجع أيضا المحلى ج١٠ ص٧٥٩ ، وسفينة النجاة ج٢ ص١٠١ الروض النضير ج٤ ص٢٤٨ ، بداية المجتهد ج٢ ص٣٤٤ .

(٧) المغني ج٨ ص٥٧ ـ ٥٨ ، شرح الحزشي ج٨ ص٣٤ ، المختصر النافع ص٣٢٥ .

بدون سبق اصرار في حالات معينة[1] . أما الديات فقد استعيض عنها بنظام التعويض . والتعويض بمعناه الخاص هو ما يقابل الضرر مقدرا بالنقود . وقد نص القانون المدني العراقي على الزام القاتل أو الجارح بالتعويض عما أحدثه من ضرر للآخرين بسبب جريمته . كما نص أيضا على من يستحق التعويض وشروطه وما تلاحظه المحكمة عند تقديرها هذا التعويض[2] . وما قلناه عن المطبق في العراق بالنسبة لجرائم الاعتداء على النفس وعلى ما دون النفس والعقوبات المقررة لها ونظام التعويض المأخوذ به ، يقال أيضا عما هو مطبق في الجمهورية العربية المتحدة[3] .

٤٨٤ ـ ثالثا ـ جرائم التعزير :

التعزير ، لغة ، التأديب . وشرعا تأديب على أفعال نهت الشريعة عنها ولم تشرع لها عقابا محددا[4] . فجرائم التعزير ، اذن ، محظورات شرعية ليس لها عقوبة مقدرة من قبل الشارع ، مثل الخلوة بالمرأة الاجنبية ، وأكل الربا والقذف بغير الزنا ، والشتم والسباب ، والتطفيف في الكيل والميزان ونحو ذلك[5] .

والامام ، هو الذي يقدر عقوبة التعزير ، ولهذا قال الفقهاء ان من الفروق بين الحد والعزير ان الحد مقدر والتعزير مفوض الى رأي الامام[6] . والامام ، أو نائبه ، كالقاضي ، في تقديره عقوبة التعزير لا يصدر عن هوى وانما يلاحظ جسامة الجريمة وظروفها ومقدار ضررها وحال الجاني من كونه من ذوي المروآت ولم يرتكب من قبل جريمة ، أو كونه

---

(١) المواد ٢١٢ ، ٢١٣ ، ٢١٤ ، من قانون العقوبات البغدادي .

(٢) المواد ٢٠٢ ، ٢٠٣ ، ٢٠٥ ، ٢٠٧ ، ٢٠٩ ، من القانون المدني العراقـي .

(٣) المادتان ٢٣٠ ، ٢٣٤ ، من قانون العقوبات المصري ، والمواد ١٧٠ ، ١٧١ ، ٢٢٢ ، من القانون المدني المصري .

(٤) تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي ج٢ ص٢٥٨ ، الماوردي ص٢٢٧ ، أبو يعلى الحنبلي ص٢٦٣ .

(٥) السياسة الشرعية لابن تيمية ص١١٩ ـ ١٢٠ ، رد المحتار ج٣ ص٢٥١ .

(٦) رد المحتار ج٣ ص٢٤٥ .

من ذوي السوابق والاجرام . كما يلاحظ ما به يتم ردع وانزجار الجاني وعدم عوده الى مثل فعله في المستقبل [١] . ونظام التعزير في العقوبات مما انفردت به الشريعة الاسلامية . وهناك اتجاه في الوقت الحاضر عند بعض كبار علماء القانون الجنائي الى ترك تحديد العقوبة ، نوعا ومقدارا ، الى اجتهاد القاضي وتقديره حتى تكون العقوبة محققة للغرض من تشريعها [٢] .

٤٨٥ ـ سريان القانون الجنائي الاسلامي من حيث المكان :

المبدأ المأخوذ به في القوانين الجنائية الحديثة هو مبدأ اقليمية القانون الجنائي. وهذا المبدأ له شقان : الاول ان القانون الجنائي في دولة ما يطبق في اقليمها فقط فيحكم كل ما يقع على اقليمها من جرائم أيا كانت جنسية مرتكبيها . والشق الثاني لهذا المبدأ هو أن القانون الجنائي لا يمتد الى خارج اقليم الدولة ، فلا سلطان له على ما يقع هناك من جرائم . ولكن ترد على هذا المبدأ بشقيه استثناءات تعطل تطبيقه داخل الاقليم أو تمد من سلطانه الى خارج هذا الاقليم [٣] . وقد أخذ كل من القانون الجنائي العراقي والمصري بهذا المبدأ [٤] .

٤٨٦ ـ والقانون الجنائي الاسلامي في أصله قانون عالمي لانه جزء من الشريعة الاسلامية ، وهي بطبيعتها شريعة عالمية لا اقليمية تطبق على الناس كافة في جميع بقاع الارض ، وهم مخاطبون بأحكامها . ولكن لعدم ولاية وسلطان دار الاسلام ـ الدولة الاسلامية ـ على ما سوى اقليمها فقد تعذر

---

(١) السياسة الشرعية لابن تيمية ص١٢٠ ، تبصرة الحكام لابن فرحون ج٢ ص٢٦٤ .

(٢) التشريع الجنائي الاسلامي للمرحوم عبدالقادر عودة ج١ ص ١٥٩ .

(٣) شرح قانون العقوبات العراقي ـ القسم العام ـ للدكتور مصطفى كامل ص٩٥ ـ ٩٦ ، وشرح قانون العقوبات المصري ـ القسم العام ـ للدكتور محمود محمود مصطفى ص٥٨ .

(٤) الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون العقوبات البغدادي : « تسري أحكام هذا القانون على كل من يرتكب في العراق أية جريمة تدخل ضمن نطاق أحكامه » ، وانظر المادة الاولى من قانون العقوبات المصري رقم ٨ لسنة ١٩٥٧ .

تطبيقها في خارج اقليمها • وعلى هذا فالشريعة الاسلامية ـ ومنها القانون الجنائي ـ من حيث الناحية النظرية العلمية شريعة عالمية ومن حيث الواقع والضرورات العملية شريعة اقليمية • وفي هذا يقول الامام أبو يوسف : « ولان الاصل في الشرائع هو العموم في حق الناس كافة الا أنه تعذر تنفيذها في دار الحرب لعدم الولاية وأمكن في دار الاسلام فلزم التنفيذ فيها »[١] • فالقانون الجنائي الاسلامي ، اذن ، قانون اقليمي من حيث الواقع فينطبق على جميع الجرائم التي تقع في دار الاسلام بغض النظر عن جنسية مرتكبيها أو دياناتهم ، وهذه هي القاعدة العامة[٢] • الا أن في بعض جزئياتها اختلافا قليلا بين الفقهاء بالنسبة الى الذميين ، واختلافا أكثر بالنسبة الى المستأمنين[٣] • وقد استثنى جمهور الفقهاء غير المسلم من عقوبة شرب الخمر رعاية لعقيدته في حلها[٤] • وذهب الفقهاء الآخرون الى غير ما ذهب اليه الجمهور في هذه المسألة ، فعند الظاهرية تجب عقوبة شرب الخمر على شاربها مسلما كان أو غير مسلم[٥] • وعند الجعفرية يعاقب غير المسلم بالعقوبة المقررة اذا تظاهر بشرب الخمر[٦] • وعند الزيدية يحد شارب الخمر اذا سكر لتحريم السكر عليهم[٧] وهذا القول هو الراجح لان الخمر مفسدة للعقول ، وفي الانجيل ما يدل على تحريم السكر فقد جاء فيه : « أما تعلمون ان الظالمين لا يرثون ملكوت الله ••• ولا السكيرون »[٨] •

---

(١) الكاساني ص٣١١ •

(٢) شرح السيد الكبير ج١ ص٢٠٧ ، و ج٤ ص١٠٨ ، المبسوط ج٣ ص١٢١ ، الام للشافعي ج٦ ص٤٠ ، المحلى لابن حزم ج٩ ص٤٢٥ ، الخلاف للطوسي ج٣ ص٢٤٢ ، اختلاف الفقهاء للطبري ص٥٤ ، البحر الزخار ج٥ ص١٤٨ ، التشريع الجنائي الاسلامي للمرحوم عبدالقادر عودة ج١ ص٢٨٥ •

(٣) كتابنا أحكام الذميين والمستأمنين ص٢٢٥ وما بعدها •

(٤) شرح الحزشي ج٨ ص١٠٨ ، كشاف القناع ج٤ ص٥٥ ، مغني المحتاج ج٤ ص١٨٧ •

(٥) المحلى ج١١ ص٣٧٢ •

(٦) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ج٢ ، الفصل الرابع ، كتاب الحدود ، سفينة النجاة ج٢ ص٧٢ •

(٧) شرح الازهار ج٤ ص٣٦١ •

(٨) انجيل يوحنا ، الاصحاح السادس ، مطبعة الاباء الدومنكيين في الموصل ، سنة ١٨٩٩ ، الطبعة الثانية ، ص٤٧٤ •

٤٨٧ ـ سريان القانون الجنائي الاسلامي خارج دار الاسلام :

ذهب جمهور الفقهاء الى سريان القانون الجنائي الاسلامي خارج دار الاسلام بالنسبة لرعايا الدولة الاسلامية ، فاذا زنى أحدهم هناك ثم رجع الى دار الاسلام فأقر بزناه أمام القاضي المسلم أقام عليه الحد • والحجة لما ذهب اليه الجمهور ، ان المسلم باسلامه التزم أحكام الاسلام فلا يفارقه هذا الالتزام اينما كان وأنى ذهب ، وان الذمي التزم بعقد الذمة أحكام الاسلام فلا يفارقه هذا الالتزام أيضا الا اذا نقض العهد • وانه اذا تعذر تنفيذ العقوبة على المسلم والذمي في خارج الدولة الاسلامية فان التنفيذ ممكن في دار الاسلام اذا رجعا اليها[١] • هذا ، وان قانون العقوبات البغدادي نص على سريان أحكامه الى خارج العراق ، فتطبق على العراقيين اذا ارتكبوا جرائم ضد سلامة الدولة العراقية وعملتها أو طوابعها أو سنداتها المالية[٢] • كما نص على حالات أخرى يطبق فيها هذا القانون على العراقيين اذا ارتكبوا جريمة خارج العراق[٣] • وكذلك نص قانون العقوبات المصري على بعض الحالات التي يطبق فيها القانون المصري على رعايا الجمهورية العربية المتحدة في الخارج اذا ارتكبوا بعض الجرائم التي نص عليها هذا القانون[٤] •

٤٨٨ ـ الخاتمة :

وبهذا أنتهي من الابحاث التي رأيت من المفيد تقديمها في هذا المدخل الى طلبتنا الاعزاء ، والله أسأل أن يوفقني واياهم الى خدمة شريعته والدعوة الى الاخذ بأحكامها ، والحمد لله أولا وآخرا وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين •

---

(١) فتح القدير ج٤ ص١٥٢ ، المغني ص٢١٩ ، المهذب ج٢ ص ٢٥٨ ، المدونة الكبرى ج٤ ص٣٨٤ ، المحلى لابن حزم ج١٠ ص٣٦٠ ، البحر الزخار ج٥ ص٤٩ ، التشريع الجنائي الاسلامي للمرحوم عبدالقادر عودة ج١ ص٢٩٧ •

(٢) الفقرة (ب) من المادة الثانية من قانون العقوبات البغدادي •

(٣) الفقرة (د) من المادة الثانية من قانون العقوبات البغدادي •

(٤) المادة الثانية من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٥٧ وتعديلاته ، والمادة الثالثة منه •

فهرست

الصفحة

الباب الثالث
في الجرائم والعقوبات

الخطأ والصواب

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
١٩	٦	يعطياه	يعطاه
٢٢	١	المعتددين	المعتدين
٢٢	١٩	أخص الانسان	أخص علاقات الانسان بغيره ،
٣٠	٨	مقداا	مقدارا
٣١	٤	متتاليين	متتابعين
٣١	٨	تنقض	تنقضي
٣١	٨	منعلا	منعا
٣١	٢٤	أظهار	أطهار
٣٢	١١	الطبي	الطبري
٣٧	٦	قبل	قبيل
٤١	١٤	والتزواج	والزواج
٥٤	٩	النقة	النقمة
٥٦	٢	ظرف	ظروف
٧٦	١٥	المرحلة	الرحلة
٨٠	٥	والقساس	والقياس
٨٢	١٧	كامل	بكامل
٨٥	٢١	وحده	وحده في الشريعة الاسلامية
٩٥	١٤	الغالب	الظن الغالب
١٠٥	٥	استعمل	استعجل
١٠٦	١١	الفصل	الباب
١١٦	١٣	مالفائدة	ما الفائدة
١٢٢	٤	المسفدة	المفسدة
١٢٣	٦	بزوال	لزوال
١٢٩	٨	يثق بروايتها	يثق براويها
١٣٣	٨	بينا	بينما
١٣٧	١٢	وسائله	وساله
١٣٩	٢	براوية	برواية

الخطأ والصواب

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
١٤٤	٢	تدون	تدوين
١٤٩	١٩	وتوسيعا	وتوسيعا له
١٥١	٢	النصوص	نصوص
١٧٥	١٦	ببغداد	فيهـا
١٨٨	٢٤	آمنوا : «	آمنوا
١٩٢	١٣	سقنة	سنة
٢٠٤	١	٢٤٥	٢٢٥
٢٠٤	١٨	٢٢٥	٢٢٦
٢٠٤	٤	عدوا	فيسبوا الله عدوا
٢١٠	١٣	كحتجون	يحتجون
٢٢٣	٣	نظارئه	نظائره
٢٢٨	١٦	يسوفي	يستوفي
٢٤٥	١٠	لتوسعه	لتوسعة
٢٤٥	١١	توسعه	توسعة
٢٤٨	٣	فنقسم	فتقسم
٢٧٢	٦	لرواية	الرواية
٢٧٤	٩	بوعض	بعوض
٢٧٤	٢٦	المغني نهي ،	نصهما يعني
٣٥٥	١	يوجب	يوجد
٣٥٨	٩	المعاملات	المعاملات .
٣٦٦	١٤	وغير الصحيح	٤٢٧ ـ وغير الصحيح
٤١٠	١٥	٤٨٣	٤٨٣ مكرر

من آثار المؤلف :

١ ـ أحكام الذميين والمستأمنين في دار الاسلام

٢ ـ الوجيز في أصول الفقه